Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II

Postfach
CH-9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 705 25 60
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-3797/2015
stm/bub/due

Zwischenverfügung vom 13. Juli 2015

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),
Richter Pascal Richard, Richterin Eva Schneeberger,
Gerichtsschreiberin Sabine Büttler.

In der Beschwerdesache

Parteien

Publicom AG,
vertreten durch Rechtsanwältin Mirjam Barmet,
Steinbrüchel Hüssy,
Grossmünsterplatz 8, 8001 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Kommunikation BAKOM,
Zukunftstrasse 44, Postfach 252, 2501 Biel,
Vergabestelle,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen – (1552) 808 Analyse des SRG Online-Angebotes,
SIMAP-Meldungsnummer 868921 (Projekt-ID 122001),

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:

A.

A.a Am 28. Januar 2015 schrieb das Bundesamt für Kommunikation BAKOM (im Folgenden: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "(1552) 808 Analyse des SRG Online-Angebotes" einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer: 852823). Gemäss Ziffer 2.5 der Ausschreibung umfasst der Auftrag Analysen des Online-Angebots der SRG SSR, wobei diese sich jeweils auf ein Kalenderjahr beziehen und jährlich durchgeführt werden müssen. Mit den Analysen soll das Online-Angebot anhand quantitativer Methoden untersucht werden, wobei die Stichprobe jeweils so gezogen werden muss, dass sie für das gesamte Online-Angebot aller vier Unternehmenseinheiten der SRG SSR (SRF, RSR, RSI, RTR) repräsentativ ist. Schliesslich sollen die Analysen feststellen, wie der Auftrag gemäss Art. 13 der SRG-Konzession in den untersuchten Onlineangeboten umgesetzt wird. Dabei soll an die bisher durchgeführten Programmanalysen, welche auf der Homepage der Vergabestelle aufgeschaltet sind, angeknüpft werden.

A.b In der Folge gingen fristgerecht zwei Angebote ein, nämlich dasjenige der Publicom AG und jenes der Universität Zürich.

A.c Der Zuschlag vom 20. Mai 2015 an die Universität Zürich (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) wurde am 26. Mai 2015 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer: 868921) publiziert. Der Dienstleistungsauftrag wurde zu einem Preis von Fr. 688'188.– (ohne MWSt.) vergeben. Die Zuschlagsempfängerin erhielt insgesamt 9'700 von maximal 10'000 Punkten, während das Angebot der Beschwerdeführerin mit 9'511 Punkten bewertet wurde.

B.

Gegen die Zuschlagsverfügung vom 26. Mai 2015 erhob die Publicom AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) am 15. Juni 2015 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, es sei die Zuschlagsverfügung vom 26. Mai 2015 aufzuheben und der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen. Eventualiter sei der Zuschlagsentscheid an die Universität Zürich vom 20. Mai 2015 aufzuheben und die Sache mit Weisungen entsprechend den Anträgen der Beschwerdeführerin zur neuen Beurteilung an die

Vergabestelle zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Zur Begründung bringt sie vor, die Vergabestelle verstosse gegen die Gebote der Transparenz, wenn sie Zuschlagskriterien in unzulässiger Weise ändere bzw. ein nicht zu Beginn der Ausschreibung klar kommuniziertes Zuschlagskriterium nachträglich vorschiebe (Beschwerde, S. 8-17). So habe die Vergabestelle ihr auf Nachfrage hin per E-Mail vom 27. Mai 2015 erklärt, wie die Punktevergabe vorgenommen worden sei. Demnach habe es die Beschwerdeführerin unter dem Zuschlagskriterium ZK 3 "Referenzstudien" unterlassen, bei ihren Referenzstudien alle vier Unternehmenseinheiten der SRG SSR zu analysieren, was zu einem Abzug von insgesamt 400 Punkten führte. Weitere 89 Punkte seien ihr beim Zuschlagskriterium ZK 1 "Preise und Kosten" abgezogen worden, da ihr Preisangebot höher ausgefallen sei, als jenes der Zuschlagsempfängerin. Hingegen seien die beiden Anbieterinnen identisch bewertet worden bei den Zuschlagskriterien ZK 2 "Konzept" und ZK 4 "Präsentation". Gesamthaft bestehe ein Unterschied von 189 Punkten, was nicht einmal 2% entspreche. Die Bewertung des Zuschlagskriterium ZK 3 "Referenzstudien" zeige, dass dieses Zuschlagskriterium von der Vergabestelle in widerrechtlicher Weise nachträglich geändert worden sei. Die Vergabestelle habe ihre Bewertung damit begründet, dass die Beschwerdeführerin das Subkriterium ZK3_03 "inhaltliche Vergleichbarkeit" (Anhang 4 des Pflichtenhefts) des Zuschlagskriterium 3 "Referenzstudien" nicht erfüllt habe, weil sie die Stichprobe nicht – wie angeblich vorgegeben – in der Form gezogen habe, dass sie für das gesamte Online-Angebot aller vier Unternehmenseinheiten der SRG repräsentativ sei (SRF, RSR, RSI, RTR). Doch gerade dieses Kriterium der Abdeckung des Online-Angebots aller vier Unternehmenseinheiten der SRG bei der Stichprobe gehe aber in der Form weder aus dem Pflichtenheft noch dem Anhang 4 des Pflichtenhefts hervor (Beschwerde, S. 11). Das von der Vergabestelle bei der Bewertung nun vorgebrachte Kriterium, wonach die einzureichenden Referenzstudien derart erstellt werden müssen, dass sie das gesamte Online-Angebot aller vier Unternehmenseinheiten der SRG SSR abdecken, ergebe sich weder aus der abschliessenden Aufzählung der Anforderungen unter ZK 3_03 (Anhang 4 des Pflichtenhefts), noch aus der Beschreibung im Pflichtenheft (vgl. Ziff. 5.4 zum Zuschlagskriterium 3), welche ihrerseits auf die soeben erwähnte Aufzählung in Anhang 4 verweise. Aus diesen Vorgaben ergebe sich klar und deutlich, dass in der Studie grundsätzlich Online-Angebote (ZK 3_03 Ziffer 1) untersucht werden sollen und es sich hierbei um die Online-Angebote der SRG SSR (ZK 3_03 Ziffer 2) handeln müsse. Die von

der Vergabestelle nunmehr vorgenommene Bewertung der Stichprobe betreffe einzig den ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag und sei ferner nur bei dessen Beschreibung und Anforderungen ein Kriterium (Beschwerde, S. 13). Die vorgenommene nachträgliche Anpassung des Zuschlagskriteriums 3 sei rechtswidrig und verletze das Transparenzgebot von Art. 21 Abs. 2 BöB. Die Beschwerdeführerin bezweifelt ausserdem, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin kostentragende Preise enthält (Beschwerde, S. 18 ff.). Aus der Tatsache, dass die von der Vergabestelle veranschlagte Anzahl Stunden für das Projekt (rund 11'495 Stunden) tendenziell auf die gemachten Erfahrungswerte durch die den Auftrag bis anhin ausführende Zuschlagsempfängerin beruhten, schliesst die Beschwerdeführerin, dass die Zuschlagsempfängerin offenbar einen durchschnittlichen Stundenansatz von Fr. 60.– veranschlage. Da die Methodik der Zuschlagsempfängerin wesentlich personalaufwändiger sei als die mehr technologiebasierte Methodik der Beschwerdeführerin, bestehe berechtigten Grund zur Annahme, dass die Zuschlagsempfängerin deutlich unter Kosten offeriere und damit ein unzulässiges Unterangebot vorliege. Dieser Umstand sei aus lauterkeitsrechtlicher Sicht zu beanstanden; es müsse verhindert werden, dass Dienstleistungen der Universität Zürich mit Steuergeldern quersubventioniert werden, um diese dann nicht kostendeckend am freien Markt anzubieten (Beschwerde, S. 20 ff.).

C.

Mit superprovisorischer Anordnung vom 17. Juni 2015 untersagte der Instruktionsrichter bis zum Entscheid betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin. Gleichzeitig wurde die Vergabestelle – unter Zustellung der Beschwerde – ersucht, die vollständigen Akten betreffend das in Frage stehende Vergabeverfahren einzureichen und zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen. Der Vergabestelle wurden auch die Beilagen der Beschwerde zugestellt. Der Zuschlagsempfängerin wurde mit Hinweis auf die Kostenfolgen freigestellt, ebenfalls eine Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen einzureichen, wobei ihr die Beschwerde einstweilen ohne Beilagen zugestellt wurde.

D.

D.a Die Vergabestelle beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 1. Juli 2015 die Abweisung des Antrags der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Die Prozessvoraussetzungen zur Anfechtung der Zuschlagsverfügung werden von der Vergabestelle nicht bestritten. Die

Vergabestelle macht auch nicht geltend, die Beschwerde sei offensichtlich unbegründet (Vernehmlassung, Ziff. 2.2). In Bezug auf die Interessensabwägung macht die Vergabestelle geltend, die Einschätzung der Beschwerdeführerin, wonach bei einer Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung einen Vertragsabschluss und ihr damit aufgrund des Vollzugs der von ihr angefochtenen Verfügung im Falle eines Obsiegens einzig Schadenersatzforderungen möglich wären, müsse relativiert werden. Nach Angabe der Vergabestelle spricht das öffentliche Interesse an einer raschen Umsetzung des ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrags mit Blick auf die konzessionsrechtlichen Vorgaben und der entsprechenden Aufsichtsfunktion der Vergabestelle gegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. So würden beim BAKOM Vorarbeiten zu einem Bericht zum Service Public im Medienbereich, welcher im Sommer 2016 vom Bundesrat verabschiedet und anschliessend dem Parlament vorgelegt werden wird und an welchem nach dem jüngsten Abstimmungsergebnis zur Einführung einer Haushaltsabgabe für Radio und Fernsehen ein grosses öffentliches Interesse bestehe. Weiter werde zum gleichen Thema bereits per Ende 2015 ein solcher Bericht der eidgenössischen Medienkommission erwartet. Aufgrund der u.a. auch medienpolitisch umstrittenen Onlineangebote der SRG seien möglichst aktuelle wissenschaftliche Grundlagenanalysen in diesem Bereich – u.a. für die zu erwartende parlamentarische Diskussion – von hoher Bedeutung. Würde die aufschiebende Wirkung erteilt, würde eine wissenschaftliche Analyse der SRG-Onlineangebote für das Jahr 2015 obsolet und dem Parlament könnten in der Folge keine aktuellen Daten präsentiert werden. Das öffentliche Interesse an einer möglichst zeitnahen Umsetzung des Zuschlagsentscheides überwiege demnach. Weiter sei zu berücksichtigen, dass der vorliegende Zuschlag einzig den Dienstleistungsauftrag für das Jahr 2015 zusichere, während die weiteren Analysen als Optionen zugesichert werden. Damit erweise sich die Gewährung der aufschiebenden Wirkung als nicht verhältnismässig und die Nicht-Gewährung für die Beschwerdeführerin als zumutbar.

D.b Gleichzeitig mit der Vernehmlassung vom 1. Juli 2015 reichte die Vergabestelle die Verfahrensakten (jeweils in einer geschwärzten und ungeschwärzten Version) ein.

E.

E.a Mit Verfügung vom 1. Juli 2015 wurde der Beschwerdeführerin unter Hinweis darauf, dass im Zwischenverfahren zur aufschiebenden Wirkung grundsätzlich kein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werde, die Gele-

genheit eingeräumt, Stellung zu nehmen in Bezug auf die in der Vernehmlassung der Vergabestelle vom 1. Juli 2015 (vorab per Fax) vorgenommene Interessensabwägung bzw. die geltend gemachte Dringlichkeit.

E.b Mit Verfügung vom 2. Juli 2015 wurden die Vorakten der Beschwerdeführerin in teilweise geschwärzter Form zugestellt.

F.
Mit Eingabe vom 6. Juli 2015 (vorab per Fax) replizierte die Beschwerdeführerin zur Argumentation der Vergabestelle bezüglich Dringlichkeit und Interessensabwägung. Sie macht insbesondere geltend, die von der Vergabestelle behauptete zeitliche Dringlichkeit habe diese selbst zu verantworten, da sie den in Frage stehenden Auftrag erst im Januar 2015 ausgeschrieben habe.

G.
Mit Verfügung vom 7. Juli 2015 wurde der Schriftenwechsel im Zwischenverfahren zur aufschiebenden Wirkung geschlossen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

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

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

1.3 Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen

(Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

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

1.5 Die Vergabestelle geht in Ziffer 1.8 der Ausschreibung vom 28. Januar 2015 von einem Dienstleistungsauftrag aus. 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 des GPA bzw. Anhang 1a zur VöB. Hierfür wiederum massgeblich ist die Zentrale Produkteklassifikation der Vereinten Nationen (CPCprov; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3). Die Ausschreibung ordnet die Beschaffung der Common Procurement Vocabulary-Referenznummer 79300000 "Markt- und Wirtschaftsforschung; Umfragen und Statistiken" zu. 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. zum Ganzen MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 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. Weiter überschreitet der Preis des berücksichtigten Angebots von Fr. 688'188.– zweifelsfrei den für Dienstleistungsaufträge gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB i.V. mit Art. 1 Bst. b der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 (SR 172.056.12) geltenden Schwellenwert von Fr. 230'00.–. Demzufolge fällt die Beschaffung in casu in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht. Ausnahmen im Sinne von Art. 3 BöB sind nicht gegeben.

1.6 Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) und ist durch die angefochtene Verfügung – der Zuschlag wurde einer Mitbewerberin erteilt – besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG). Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei der am 26. Mai 2015 publizierte Zuschlag aufzuheben und ihr selbst zu erteilen; eventualiter sei die Sache mit Weisungen entsprechend den Anträgen der Beschwerdeführerin zur Neubeurteilung an die Vergabestelle zurückzuweisen. Die Beschwerdeführerin rangiert an zweiter (und zugleich letzter) Stelle. Demnach würde ihr die Aufhebung der Zuschlagsverfügung die Möglichkeit geben, selbst den Zuschlag zu erhalten. Aufgrund dessen hat die Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG), welches nach wie vor aktuell und praktisch ist (vgl. zum Ganzen BGE 141 II 14 E. 4.4 sowie das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 2.3 mit Hinweisen).

1.7 Frist (Art. 30 BöB) und Form (Art. 52 Abs. 1 VwVG) der Beschwerde sind gewahrt. Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

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

2.

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

2.2 Das BöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die

für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 mit Hinweisen). 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, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1 mit Hinweisen).

2.3 Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgschancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 mit Hinweisen; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei

– insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweisen).

3.

In einem ersten Schritt ist im Sinne einer prima facie-Würdigung zu prüfen, ob sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet erweist, bzw. ob ein Grund besteht wonach aller Voraussicht nach auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1342). Die Beschwerdeführerin rügt unter anderem, die Vergabestelle sei vom Bewertungssystem gemäss Ausschreibung abgewichen. Indem die Vergabestelle nachträglich ein Subkriterium, welches in der Ausschreibung nicht vorgeschrieben worden sei, eingeführt bzw. ein Zuschlagskriterium in unzulässiger Weise abgeändert habe, habe sie gegen den Grundsatz der Transparenz verstossen. Die Vergabestelle selber erkennt in den Rügen der Beschwerdeführerin gemäss Ziffer 2.2 ihrer Vernehmlassung vom 1. Juli 2015 weder eine offensichtliche Unbegründetheit der Beschwerde, noch liegt ihrer Ansicht nach ein Grund vor, welcher voraussichtlich ein Nichteintreten zur Folge haben wird. Damit unterzieht sich die Vergabestelle in Bezug auf die prima facie-Würdigung im Ergebnis richtigerweise der Beurteilung durch die Beschwerdeführerin.

4.

4.1 Nachdem festgestellt wurde, dass die Beschwerde nicht offensichtlich unbegründet ist, sind die sich gegenüberstehenden Interessen der Beschwerdeführerin und der Vergabestelle sowie der Zuschlagsempfängerin abzuwägen (vgl. dazu E. 2.3 hiervor).

4.2 Nach Angabe der Vergabestelle ist das öffentliche Interesse an einer raschen Umsetzung des Zuschlagentscheids mit Blick auf die konzessionsrechtlichen Vorgaben und der entsprechenden Aufsichtsfunktion der Vergabestelle als hoch zu gewichten (Vernehmlassung, Ziff. 2.3.3, S. 3). So würden bei ihr Vorarbeiten zu einem Bericht zum Service public im Medienbereich laufen, welcher im Sommer 2016 vom Bundesrat verabschiedet und anschliessend dem Parlament vorgelegt werden soll. An diesem Bericht bestehe nach dem jüngsten Abstimmungsergebnis zur Einführung einer Haushaltsabgabe für Radio und Fernsehen ein grosses öffentliches Interesse. Zum gleichen Thema werde zudem per Ende 2015 ein Bericht der eidgenössischen Medienkommission erwartet. Darin dürfte insbesondere auch auf die medienpolitisch umstrittenen Onlineangebote der SRG

eingegangen werden, weshalb möglichst aktuelle wissenschaftliche Grundlagenanalysen in diesem Bereich – u.a. für die zu erwartende parlamentarische Diskussion – von hoher Bedeutung seien (Vernehmlassung, Ziff. 2.3.3, S. 4). Die Vergabestelle ist der Ansicht, dass die Erteilung der aufschiebenden Wirkung die wissenschaftliche Analyse der SRG-Onlineangebote für das Jahr 2015 obsolet machen würde. In der Folge könnten dem Parlament und der Öffentlichkeit im Rahmen dieses Service public-Berichts sowie in der parlamentarischen Debatte keine aktuellen Daten vorgelegt werden. Schliesslich werde das Onlineangebot der SRG seit Herbst 2013 über ein vierteljährliches Konformitätsmonitoring überprüft (Vernehmlassung, Ziff. 2.3.3, S. 4). Eine aufschiebende Wirkung hätte den Unterbruch dieser Beobachtungen zur Folge, was wiederum eine umfassende Aufsicht der Vergabestelle über dieses konzessionsrechtlich geregelte Angebot für das Jahr 2015 praktisch verunmöglichen würde (Vernehmlassung, Ziff. 2.3.3, S. 4). Das öffentliche Interesse an einer möglichst zeitnahen Umsetzung des Zuschlagsentscheides überwiege demnach.

4.3 Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, die Vergabestelle habe die behauptete zeitliche Dringlichkeit alleine zu verantworten (Replik, Rz. 15, S. 5). Dass sie den Auftrag für eine jährlich wiederkehrende Analyse des SRG-Onlineangebots erst im Januar 2015 für dasselbe Jahr ausgeschrieben habe, liege in ihrer Verantwortung. Durch diese späte Ausschreibung habe die Vergabestelle das von ihr nun ins Feld geführte öffentliche Interesse selber missachtet (Replik, Rz. 17, S. 6). Damit bestreitet die Beschwerdeführerin das Vorliegen einer zeitlichen Dringlichkeit und macht zugleich geltend, die Vergabestelle könne sich auf eine allfällige Dringlichkeit aufgrund ihres Verhaltens nicht berufen (Replik, Ziff. 2, S. 6 ff.). Weiter würden die von der Vergabestelle vorgebrachten Berichte an den Bundesrat und der Bericht der Medienkommission nicht vom ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag abhängen (Replik, Rz. 21-23). Die Vergabestelle bringe in deren Zusammenhang eine durch die Abstimmung vom 14. Juni 2015 entstandene Diskussion als öffentliches Interesse ins Spiel und verkenne dabei, dass es sich beim ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag gemäss Pflichtenheft einzig um die Überprüfung der Konzessionskonformität der Online-Angebote der SRG SSR handelt (Pflichtenheft, Kap. 3.1 und 3.2). Der Dienstleistungsauftrag sei demnach eine rein regulatorische Aufsichts- bzw. Kontrollstudie und insbesondere keine Grundlagenstudie, die einen inhaltlichen Beitrag zur zukünftigen Ausgestaltung des Service public liefern soll (Replik, Rz. 21, S. 7). Ausserdem sei die Einhaltung der Konzession ein von anderen Themen gänzlich losgelöste Frage und stelle

sich zu jedem Zeitpunkt gleich dringlich, ungeachtet der politischen Diskussionen (Replik, Rz. 23). Auch sei das nunmehr vorgebrachte vierteljährliche Monitoring weder Teil der Ausschreibungsgegenstandes, noch Vorgabe im Rahmen der Ausschreibung und könne daher nicht zur Begründung herangezogen werden (Replik, Rz. 24 f.). Vielmehr würden die Vorbringen der Vergabestelle darauf hindeuten, dass dieses Monitoring, welches die Zuschlagsempfängerin offenbar seit Herbst 2013 für die Vergabestelle durchführe, ein verstecktes, einmal mehr ein nicht kommuniziertes Zuschlagskriterium bilde (Replik, Rz. 25). Schliesslich verhindere die Erteilung der aufschiebenden Wirkung die Durchführung des ausgeschriebenen Grundauftrages, nämlich die Studie 2015, zu einem späteren Zeitpunkt nicht. Anders als die Vergabestelle dies vorgebe, werde die Studie dadurch nicht obsolet (Replik, Rz. 26 f.). Wohl seien allenfalls kleinere methodische Konzessionen zu machen, doch würden sich Daten aus dem Jahr 2015 auch noch später analysieren lassen. Ausserdem sei anzunehmen, dass diese methodischen Konzessionen von der Vergabestelle aufgrund der späten Ausschreibung so oder so in Kauf genommen werden müsse und daher von ihr selbst zu verantworten seien (Replik, Rz. 27). Diese methodischen Nachteile, so sie denn überhaupt welche seien, würden es nicht rechtfertigen, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu verweigern (Replik, Rz. 27-29).

4.4 Die Vergabestelle stützt ihre Argumentation zur Dringlichkeit vor allem auf die laufende politische Diskussion, ihre Aufsichtspflicht sowie ihre Frist, dem Bundesrat per Mitte 2016 einen Bericht vorlegen zu müssen, der sich u.a. auf die mit dem Dienstleistungsauftrag gewonnen Analysen stütze. Zur terminlichen politischen Planung ist grundsätzlich festzuhalten, dass dieser allein, ohne dass etwa nicht hinnehmbare finanzielle Folgeschäden geltend gemacht würden, regelmässig nicht der Gehalt eines überwiegenden öffentlichen Interesses zukommt (Zwischenentscheid des BVGer B-1600/2014 vom 2. Juni 2014 E. 6.2). Die Vergabestelle macht jedenfalls nicht geltend, eine Verzögerung der Arbeiten habe auch erhebliche finanzielle Folgeschäden zur Folge. Es ist der Beschwerdeführerin daher dahingehend zuzustimmen (Replik, Rz. 15 und 18), dass die Vergabestelle eine allfällige Beschwerde gegen die Ausschreibung oder den Zuschlag in die Planung ihrer Ausschreibung einzubeziehen hat; die entstandene Dringlichkeit ist durch die späte Ausschreibung im Januar 2015 zumindest teilweise selbstverschuldet (Zwischenentscheide des BVGer B-4958/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 5.3, B-4825/2012 vom 15. November 2012 E 7.4, B-1470/2010 vom 18. Mai 2010 E. 6.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER,

a.a.O., Rz. 1328 mit Hinweisen). Da diese Analysen nicht neu sondern bereits seit längerem durchgeführt werden, handelt es sich beim nunmehr ausgeschriebenen Auftrag nicht um ein Novum für die Vergabestelle und die Planung der Ausschreibung hätte zweifelsohne zeitlich optimaler angesetzt werden können. Allerdings kann daraus nicht bereits geschlossen werden, eine zeitliche Dringlichkeit bestünde damit gar nicht. Wie die Beschwerdeführerin selber auch ausführt, besteht an der Einhaltung der Konzessionsbestimmungen und damit ebenso an der Analyse des Onlineangebotes der SRG SSR ein öffentliches Interesse (Replik, Rz. 28). Entsprechend besteht an einer möglichst unterbruchsfreien Datenanalyse – und damit an der Ausführung der ausgeschriebenen Grundleistung (Studie 2015) – ein erhebliches öffentliches Interesse, was die Beschwerdeführerin im Grundsatz auch nicht bestreitet (Replik, Rz. 27). Wohl sind die Daten für das Jahr 2015 mit entsprechendem Aufwand auch zu einem späteren Zeitpunkt erheb- und auswertbar, wie die Beschwerdeführerin ausführt. Dennoch ist die aktuelle politische Diskussion derart, dass die von der Vergabestelle angeführten Berichte zuhanden des Bundesrates und des Parlamentes sich gerade deswegen auf möglichst aktuelle Analysen stützen sollten. Dabei spielt es vorliegend keine Rolle, dass dieser Bericht nicht Teil der Ausschreibung ist: Er wird sich – so die Vergabestelle (Vernehmlassung, Ziff. 2.3.3, S. 3) – mitunter auf die vom ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag verwerteten Analysen stützen. Würde die Analyse erst verspätet durchgeführt werden, wäre der Zeitrahmen (Verabschiedung des Berichts durch den Bundesrat Mitte 2016) kaum einhaltbar. Damit besteht ein erhebliches öffentliches Interesse daran, die in Frage stehenden Dienstleistungen in Bezug auf das Jahr 2015 zeitnah zu beziehen.

4.5 Nun setzt sich der Inhalt des ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrages vorliegend aus einem Grundauftrag für das Jahr 2015 sowie einer Option auf die Durchführung weiterer analoger Folgeaufträge für die Jahre 2016 bis 2018 zusammen (vgl. Pflichtenheft, Kap. 3.6). Angesichts dieser Ausgangslage führt die Vergabestelle aus, sei die Gewährung der aufschiebenden Wirkung kein verhältnismässiges Mittel, da die optionalen Folgeaufträge der Beschwerdeführerin auch bei Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung offen stünden. Aufgrund des hängigen Beschwerdeverfahrens würde die Vergabestelle nämlich bei Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung einen entsprechenden Vorbehalt in die Vertragsbestimmungen zum Grundauftrag aufnehmen (Vernehmlassung, Ziff. 2.3.4, S. 4). Dem entgegnet die Beschwerdeführerin, dass das Optionsrecht gemäss Kap. 3.5 des Pflichtenhefts nicht als "Zückerchen" zu verstehen sei:

Im Gegenteil, dessen Eintrittswahrscheinlichkeit sei als hoch einzuschätzen (Replik, Rz. 11, S. 4 mit Hinweis auf Kap. 3.5 des Pflichtenhefts). Entsprechend sei die Erteilung der aufschiebenden Wirkung verhältnismässig.

4.6 Hierzu ist vorab festzustellen, dass Produkte oder Dienstleistungen, in Bezug auf welche dauernder oder regelmässiger Bedarf besteht, für die Vergabestelle oft unverzichtbar sind (Zwischenentscheid des BVGer B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 6.2). In diesem Fall können der Grundsatz der Verhältnismässigkeit und die Interessenlage es unter Umständen rechtfertigen, einen spezifischen Teilbereich von der Gewährung der aufschiebenden Wirkung auszunehmen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1342, S. 675). Allerdings kann ein Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin nur insoweit in Betracht kommen, als ihm keinerlei präjudizielle Wirkung mit Bezug auf eine definitive Vergabe für den Rest des Auftrages zukommt (Zwischenentscheid des BVGer B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 6.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1342, S. 675). In diesem Sinne ist zwischen dem Bau eines Tunnels, den man nur stoppen oder erlauben kann, und regelmässig nachgefragten Dienstleistungen und Produkten – wie etwa Monitore für die Arbeitsplätze der Angestellten des Bundes – zu unterscheiden (vgl. hierzu die Zwischenentscheide des BVGer B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 6.2 und B-3526/2013 vom 16. August 2013 E. 3.3).

4.7

4.7.1 Während die Beschwerdeführerin festhält, dass sich an ihrer Rechtsstellung nichts ändere, wenn die Vergabestelle aufgrund des andauernden Beschwerdeverfahrens einen Vorbehalt in die Vertragsbestimmungen mit der Zuschlagsempfängerin aufnehmen würde (Replik, Rz. 30 f.), kann aus der Argumentation der Vergabestelle der Umkehrschluss gezogen werden, dass diese die Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung in erster Linie bezüglich des Grundauftrages beantragt (Vernehmlassung, Ziff. 2.3.4 und 2.3.5). Angesichts dessen, dass die Beschwerdeführerin insbesondere wegen der hohen Eintrittswahrscheinlichkeit der Option ein erhebliches Interesse daran hat, den Vertragsschluss zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin zu verhindern, stellt sich also die Frage, ob nicht einzig der Grundauftrag, für welchen die Interessensabwägung zugunsten der Vergabestelle fällt (vgl. E. 4.4. hiervor), von der Gewährung der aufschiebenden Wirkung auszunehmen ist.

4.7.2 Wie die Beschwerdeführerin zu Recht ausführt, geht bereits aus dem Pflichtenheft hervor, dass die Eintrittswahrscheinlichkeit der Option als

sehr hoch einzustufen ist (Pflichtenheft, Kap. 3.5, S. 8). Entsprechend sind die Anbieter verpflichtet gewesen, zwingend die Optionen mitanzubieten (Pflichtenheft, Kap. 3.5, S. 8). Weiter macht eine Aufteilung in Grundauftrag und Option für die Vergabestelle eigentlich nur Sinn, wenn diese als Mittel eingesetzt wird, um sich im Falle einer Schlechterfüllung rasch und ohne Komplikationen von der Ausführenden lösen zu können. Dies alles spricht dafür, dass selbst wenn die Vergabestelle – wie von ihr angegeben (Vernehmlassung, Ziff. 2.3.4) – in den Vertrag zum Grundauftrag einen Vorbehalt einbaut, aufgrund dieser hohen Eintrittswahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass die Zuschlagsempfängerin, welche ohnehin die bis anhin (zumindest teilweise) ausführende Dienstleistungserbringerin ist, nach der Konzeption der Vergabestelle auch die Optionen ausführen können soll. Da die Beschwerdeführerin bei Vertragsabschluss zwischen Vergabestelle und Zuschlagsempfängerin lediglich die Möglichkeit hat, Schadenersatz für die in Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren getätigten Aufwendungen zu verlangen (Zwischenentscheid des BVGer B-4852/2012 vom 15. November 2012 E. 7.4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1325), überwiegt das öffentliche Interesse der Vergabestelle einzig in Bezug auf den Grundauftrag, nicht aber in Bezug auf die gesamte Ausschreibung, d.h. Grundauftrag und Option. Andererseits rückt der mehrjährige Leistungshorizont die vorliegende Vergabe auch in die Nähe einer dauernd nachgefragten Leistung im in Erwägung 4.6 hiervor beschriebenen Sinne, sodass die zumindest teilweise selbstverschuldete Dringlichkeit dem teilweisen Entzug der aufschiebenden Wirkung anders als von der Beschwerdeführerin dargelegt nicht entgegensteht.

4.7.3 Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beschränkt auf die Option erweist sich ausserdem als verhältnismässig, da der Vertragsabschluss zwischen Zuschlagsempfängerin und Vergabestelle damit wirklich nur auf den Grundauftrag beschränkt wird. Wohl steht der Beschwerdeführerin damit bei einer allfälligen Gutheissung ihrer Beschwerde in Bezug auf den Grundauftrag einzig das negative Interesse zu, doch ist ihr dies mit Blick auf die Gewährung der aufschiebenden Wirkung für die Option zuzumuten. Auch für die Vergabestelle erweist sich diese Lösung als verhältnismässig, da ihr dies die Ausführung des Grundauftrages im erwünschten Zeitrahmen ermöglicht.

4.8 Die Interessenabwägung fällt nach dem Gesagten in Bezug auf die Grundleistung (d.h. die Studie zum Jahr 2015) zugunsten der Vergabestelle und bezüglich der Optionen (d.h. die Folgestudien der Jahre 2016-2018) zugunsten der Beschwerdeführerin aus. Damit ist dem Gesuch der

Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung teilweise zu entsprechen. Die durch die separate Vergabe der Aufträge allenfalls entstehenden Mehrkosten nimmt die Vergabestelle billigend in Kauf.

5.
In Bezug auf die Akteneinsicht ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 2. Juli 2015 die Vorakten in teilweise geschwärzter Form zugestellt worden sind. Davon hat die Beschwerdeführerin Kenntnis genommen (Replik, Rz. 33). Während sie im vorliegenden Zwischenverfahren keine weitergehende Einsicht in die Akten beantragt, behält sich die Beschwerdeführerin entsprechende Anträge im Hauptverfahren vor. Dies namentlich mit Blick auf den Umstand, dass sie die Unterlagen zur Kostenstruktur der Offerte der Zuschlagsempfängerin für die im vorliegenden Zusammenhang zu treffenden Interessenabwägung nicht benötigt (Replik, Rz. 33 f.). Diese Anträge entsprechen der angezeigten Prozessdisziplin, wonach die Akteneinsicht mit Blick auf das für das Zwischenverfahren betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung geltende qualifizierte Beschleunigungsgebot teilweise ins Hauptverfahren verschoben werden kann (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1371). Instruktionsrichterliche Anordnungen zur Akteneinsicht im Hauptverfahren bleiben vorbehalten und werden mit separater Verfügung getroffen.

6.
Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheids ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

1.1 Dem Antrag der Beschwerdeführerin vom 15. Juni 2015 um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird teilweise entsprochen.

1.2 Der Beschwerde vom 15. Juni 2015 wird die aufschiebende Wirkung in Bezug auf die Gegenstand der Option bildenden Studien für die Jahre 2016 bis 2018 gewährt.

1.3 Weitergehend, d.h. in Bezug auf die Grundleistung des ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrages für das Jahr 2015, wird der Antrag abgewiesen.

2.
Anordnungen betreffend die Akteneinsicht und den Schriftenwechsel im Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

3.
Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheids wird mit dem Endentscheid befunden.

4.
Diese Verfügung geht an:

– die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreterin; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
– die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 122001; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
– die Zuschlagsempfängerin (Einschreiben, vorab in elektronischer Form)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Marc Steiner	Sabine Büttler

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 13. Juli 2015