Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

2C 409/2015

Urteil vom 28. September 2015

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Zünd, Präsident,
Bundesrichter Seiler, Donzallaz,
Gerichtsschreiberin Mayhall.

Verfahrensbeteiligte
A._____AG,
Beschwerdeführerin,
und diese vertreten durch Dr. Stefan Scherler und/oder lic.iur. Martina Schweizer,

gegen

B._____AG,
Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Dr. Ueli Friederich, Martin Buchli LL.M., Rechtsanwälte,

C._____Ltd.,

Gegenstand
Öffentliches Beschaffungswesen

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, vom 25. März 2015.

Sachverhalt:

A.

A.a. Am 14. März 2014 schrieb die A._____AG als Vergabestelle/Organisator auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "Dienstleistung Strombeschaffung für A._____AG" einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer: 807051). Als Bedarfsstelle/Vergabestelle wurde "A._____AG" aufgeführt. Gemäss Ziff. 2.5 der Ausschreibung suchte die Vergabestelle einen Dienstleister, der für mindestens 42 ausgewählte Verbrauchsstätten den Strom ab dem Jahr 2015 während mindestens vier Jahren beschaffe. Die Jahresbezugsmenge der betreffenden Objekte betrage aktuell rund 108 Mio. kWh. Die Ausschreibung beinhalte drei Leistungspakete: LP1: Energiebeschaffung, Rechnungsstellung und Energievertragsmanagement; LP2: Energiemonitoring und Zählerfernauslesung; LP3: Billing; der Anbieter müsse zwingend zu allen drei Leistungspaketen ein Angebot einreichen. Das Ziel der Beschaffung sei ein Vertragsabschluss mit einem möglichst unabhängigen Leistungserbringer für alle Leistungspakete. Gemäss Ziff. 3.9 der Ausschreibung wurden die Zuschlagskriterien wie folgt gewichtet: Lösungsvorschlag 40%, Unabhängigkeit 20%, Qualifikation der Schlüsselpersonen (Projektleiter und Stellvertretung des Projektleiters) 15% sowie Wirtschaftlichkeit (Preis und Kosten) 25%. Das

Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit wurde in den Ausschreibungsunterlagen in Ziff. 11.6.4 des Pflichtenhefts definiert. Im Rahmen der Beantwortung der Anbieterfragen wurden unter anderem erläuternde Aussagen zur Zulässigkeit der Lieferung eigener Energie und zur Unabhängigkeit gemacht.

A.b. Innert Frist reichten vier Unternehmen ein Angebot ein, darunter die B._____AG und die C._____Ltd. (im folgenden: C._____Ltd.). Erstere bestätigte mit Angebot vom 17. April 2014, das Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit zu erfüllen.

A.c. Mit Schreiben vom 23. Mai 2014 machte die A._____AG die B._____AG darauf aufmerksam, dass ihre Selbstbeurteilung beim Zuschlagskriterium "Unabhängigkeit" von der Beurteilung der Vergabestelle abweiche. Gemäss Ausschreibungsunterlagen gelte ein Anbieter als unabhängig, wenn er keine Kapitalverflechtungen mit Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern habe. Es spreche gegen die Unabhängigkeit der B._____AG, dass sich in ihrem Partnerkreis sowohl Energielieferanten als auch Verteilnetzbetreiber befänden. Die A._____AG ersuchte die B._____AG um Stellungnahme.
Mit Antwortschreiben vom 28. Mai 2014 erwiderte die B._____AG, dass sie das Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit vollständig erfülle. Gemäss Pflichtenheft bezwecke das Kriterium der Unabhängigkeit, Interessenkonflikte zu vermeiden. Dies sei der Fall, wenn der Leistungserbringer unabhängig von Verpflichtungen gegenüber Energielieferanten und Verteilnetzbetreibern sei. Sie erfülle diese Voraussetzung vollumfänglich.

A.d.
Am 10. Juli 2014 wurde der Zuschlag vom 9. Juli 2014 an die C._____Ltd. auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer: 828507) veröffentlicht; der Preis wurde mit 450'000 Franken angegeben.
Anlässlich eines Debriefings vom 22. Juli 2014 stellte die A._____AG die erreichte Punktzahl der B._____AG (Drittplatzierte) der von der Zuschlagsempfängerin erreichten Punktzahl gegenüber. Beim Kriterium der Unabhängigkeit habe die Zuschlagsempfängerin die volle Punktzahl (2'000) erhalten, während der B._____AG keine Punkte zuerkannt worden seien. Gesamthaft habe die Zuschlagsempfängerin 8'234 Punkte und die B._____AG 6'329 Punkte erzielt. Im Vergleich zur Zuschlagsempfängerin erachte die Vergabestelle die B._____AG als nicht unabhängig.

B.
Gegen die Zuschlagsverfügung erhob die B._____AG am 30. Juli 2014 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht mit dem Rechtsbegehren, der Zuschlag an die C._____Ltd. sei aufzuheben, eventuell sei die Rechtswidrigkeit des Zuschlags festzustellen; der Zuschlag sei der B._____AG zu erteilen, eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, subeventualiter sei das Vergabeverfahren neu durchzuführen.
Zur Begründung brachte die B._____AG im Wesentlichen vor, ihr sei die Unabhängigkeit zu Unrecht abgesprochen worden. Sie hätte für dieses Zuschlagskriterium 2'000 Punkte erhalten müssen, womit sie insgesamt die höchste Punktzahl aller Anbieter erreicht hätte.
Das Bundesverwaltungsgericht erteilte der Beschwerde zunächst superprovisorisch und alsdann mit Verfügung vom 25. September 2014 die aufschiebende Wirkung unter dem Vorbehalt, dass die Vergabestelle mit der Zuschlagsempfängerin über den Abschluss eines Vertrags verhandeln dürfe, der die strukturierte Beschaffung von Strom für das Jahr 2015 zum Gegenstand habe.
Mit Urteil vom 25. März 2015 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde gut, hob den Zuschlag auf und wies die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die A._____AG (als Vergabestelle) zurück.
In den Erwägungen führte das Bundesverwaltungsgericht im wesentlichen aus, das von der Vergabestelle gewählte Kriterium der "Unabhängigkeit" sei zwar grundsätzlich zulässig; in der gewählten engen Definition, der gewählten Gewichtung und der Tatsache, dass nur 2000 oder 0 Punkte erreichbar seien, könne das Kriterium mit Blick auf die besonderen Marktgegebenheiten aber nicht als sachgerecht bezeichnet werden; es verbleibe damit kein hinreichender Restwettbewerb. Die Vergabestelle habe den ihr zustehenden Spielraum überschritten. Der Vergabestelle bleibe aber nicht als einzige Möglichkeit, den Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen; es stehe ihr auch frei, das Vergabeverfahren abzubrechen und eine neue Ausschreibung zu publizieren. Die Sache sei daher an die Vergabestelle zurückzuweisen.

C.
Die A._____AG erhebt mit Eingabe vom 11. Mai 2015 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht mit dem Rechtsbegehren, in Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils sei der Zuschlagsentscheid vom 9./10. Juli 2014 zu bestätigen. Eventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, die Sache im Sinne der Erwägungen neu zu beurteilen. Subeventualiter sei die Sache zu neuer Entscheidung an sie (als Vergabestelle) zurückzuweisen.
Die Vorinstanz hat auf die Einreichung einer Vernehmlassung verzichtet. Die B._____AG beantragt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen. Die C._____Ltd. hat sich nicht geäussert. In ihren weiteren, als Replik bzw. als Duplik bezeichneten Eingaben halten die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin an ihren Anträgen fest.

Erwägungen:

1.

1.1. Gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts steht grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 82 lit. a und Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG offen.

1.2. Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG schliesst jedoch die Beschwerde gegen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen aus, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrages den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) oder des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68) nicht erreicht sowie wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG); die beiden Voraussetzungen müssen somit kumulativ erfüllt sein, damit auf die Beschwerde eingetreten werden kann (BGE 141 II 14 E. 1.2 S. 20 ff.; 133 II 396 E. 2.1 S. 398; AUBRY GIRARDIN, in: Commentaire de la LTF, 2. Aufl. 2014, N. 77 zu Art. 83 BGG; HÄBERLI, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 160 zu Art. 83 BGG). Nach dem Grundsatz der Einheit des Prozesses gilt der in Art. 83 BGG bestimmte Sachgebietsausschluss der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht nur für Endentscheide, sondern auch für die im betreffenden Verfahren ergehenden Zwischenentscheide (BGE 134 II 192 E. 1.3 S. 195; AUBRY GIRARDIN, a.a.O., N. 88 zu Art. 83 BGG). Die vorliegende Beschwerde, die sich gegen einen Rückweisungsentscheid der Vorinstanz richtet, ist, ungeachtet dessen Qualifikation als End- oder als Zwischenentscheid, nur zulässig, wenn vorab die Voraussetzungen von Art. 83 lit. f BGG erfüllt sind.

1.3. Bei der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG) muss es sich um eine Rechtsfrage aus dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts handeln (BGE 134 II 192 E. 1.3 S. 195). Die Anwendung von herrschender Praxis entsprechenden Prinzipien auf einen Einzelfall stellt keine Grundsatzfrage dar. Ebensowenig erfüllt der blosse Umstand, dass die aufgeworfene Rechtsfrage noch nie höchstrichterlich entschieden wurde, an sich bereits die Anforderungen, die an eine Grundsatzfrage gestellt werden. Es muss sich dabei vielmehr um eine Rechtsfrage handeln, deren Beantwortung für die Praxis wegleitend sein kann und die von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Klärung ruft. Der Beschwerdeführer hat die Erfüllung dieser Voraussetzung darzutun (Art. 42 Abs. 2 BGG; BGE 141 II 113 E 1.4.1 S. 118 f.; 141 II 14 E. 1.2.2.1 S. 21; 138 I 143 E. 1.1.2 S. 147; AUBRY GIRARDIN, a.a.O., N. 89 zu Art. 83 BGG).

1.4. Legitimiert zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist nach Art. 89 Abs. 1 BGG, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a), durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass besonders berührt ist (lit. b) und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (lit. c). Vorausgesetzt ist damit ein aktuelles Rechtsschutzinteresse in der Form, dass ein tatsächlich bestehender Einzelfall konkret beurteilt und nicht bloss abstrakte Rechtsfragen beantwortet werden sollen (BGE 141 II 14 E. 4.4 S. 29 f.; 129 II 1 E. 1.1 S. 4; Urteil 2A.325/2006 vom 13. Februar 2007 E. 2.5, nicht publ. in BGE 133 II 104). Auch bei den Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG muss es sich daher um solche handeln, die für die Lösung des konkreten

Falles erheblich sind (BGE 139 III 209 E. 1.2 S. 210; 139 III 182 E. 1.2 S. 185; 137 III 580 E. 1.1 S. 582 f.; 135 III 397 E. 1.2 S. 399 f.; CORBOZ, Commentaire de la LTF, 2. Aufl. 2014, N. 36 zu Art. 74 BGG; GÖKSU, Die Beschwerden ans Bundesgericht, 2007, S. 84 f. N. 170; MÜNCH/LUCAK, in: Thomas Geiser et al [Hrsg.], Prozessieren vor Bundesgericht, 4. Aufl. 2014, S. 94;
grundsätzlich auch RUDIN, Basler Kommentar BGG, 2. Aufl. 2011, N. 48 zu Art. 74 BGG). Eine Frage, die zwar an sich von grundsätzlicher Bedeutung wäre, hingegen den Ausgang des Verfahrens nicht zu beeinflussen vermag, führt nicht zum Eintreten, denn an der abstrakten Erörterung einer Rechtsfrage besteht kein Rechtsschutzinteresse (Urteil 4A 81/2008 vom 14. März 2008 E. 1.4; AUBRY GIRARDIN, a.a.O., N. 87 zu Art. 83 BGG).

2.

2.1. Vorliegend wurde der Zuschlag zum Preis von Fr. 450'000.– erteilt, was den massgebenden Schwellenwert von Fr. 230'000.– für Dienstleistungen übersteigt (Art. 6 Abs. 1 lit. b BöB; Art. 6 Abs. 2 BöB in Verbindung mit Art. 1 lit. b der Verordnung des WBF vom 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 [SR 172.056.12]). Die Voraussetzung gemäss Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG ist erfüllt.

2.2. Zu prüfen bleibt die Voraussetzung der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG).
Die Beschwerdeführerin ist, in ihrer Eigenschaft als Vergabestelle, im vorinstanzlichen Verfahren unterlegen; die Vorinstanz hat auf Beschwerde einer unterlegenen Mitbewerberin hin den erteilten Zuschlag aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung an die Beschwerdeführerin (als Vergabestelle) zurückgewiesen. Mit ihrer Beschwerde gegen den angefochtenen Rückweisungsentscheid wirft die Beschwerdeführerin zwei Fragen auf, die ihres Erachtens von grundsätzlicher Bedeutung sind, nämlich:

1) Unter welchen Bedingungen sind Beschaffungsverträge von Sektorunternehmen dem öffentlichen Vergaberecht unterstellt, wenn diese Verträge zum einen dem Beschaffungsrecht unterstellte Leistungen und zum andern dem Beschaffungsrecht nicht unterstellte Leistungen umfassen, die in notwendiger oder sachlich gebotener Weise miteinander verbunden sind, also nicht bzw. nicht ohne unzumutbare Nachteile aufgeteilt werden können?
2) Umfasst Art. 29 lit. b BöB auch die Ausschreibungsunterlagen, zumindest soweit sie gleichzeitig mit der Ausschreibung zur Verfügung gestellt werden?

3. Erste Frage

3.1. Die erste Frage ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Beschwerdeführerin nicht uneingeschränkt dem öffentlichen Beschaffungsrecht untersteht. Gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. d BöB, soweit hier interessierend, unterstehen diesem Gesetz als Auftraggeberinnen "A._____AG- und Automobildienste der Schweizerischen Post, soweit sie nicht Tätigkeiten in Konkurrenz zu Dritten ausüben, welche dem GPA [GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994; SR 0.632.231.422]nicht unterstehen." (frz.: "les services postaux et les services des automobiles de la Poste Suisse, pour autant que leurs activités ne concurrencent pas celles de tiers non soumis au GPA"; ital.: "i servizi postali e automobilistici della Posta svizzera, sempre che non esercitino attività in concorrenza con terzi non soggetti al GPA"). Diese Bestimmung stimmt überein mit Anhang I Annex I GPA, nach dessen Ziff. 8 Fussnote 2 "La Poste" dem GPA nur unterstellt ist "pour autant que l'entité ne soit pas en concurrence avec des entreprises auxquelles le présent accord n'est pas applicable". Das betrifft die reservierten Dienste im Sinne von Art. 18 des Postgesetzes vom 17. Dezember 2010 (PG; SR 783.0) und allenfalls die monopolfinanzierten
Grundversorgungsleistungen (Art. 13-17 PG; Art. 19 Abs. 1 PG; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, N. 164). Soweit A._____AG andere Tätigkeiten ausübt, untersteht sie nicht dem BöB, sondern entweder nur den Bestimmungen der Art. 32 ff. VöB (vgl. Art. 32 lit. a VöB), oder überhaupt nicht der VöB (Art. 2 Abs. 3 VöB).

3.2. Gemäss den unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz dient das streitige Beschaffungsprojekt mindestens teilweise den reservierten Diensten; "wahrscheinlich" werde aber der grössere Teil des Stroms für Aufgaben verwendet, die nicht im Zusammenhang mit den reservierten Diensten ständen. Zur Unterstellung unter das öffentliche Vergaberecht unter diesen Umständen hat die Vorinstanz erwogen, in der Literatur würden dazu zwei Theorien vertreten; nach der einen "infiziere" auch die nur partielle Widmung einer Beschaffung den gesamten Vorgang, nach der anderen folge der gesamte Auftrag denjenigen Regeln, die für seinen Hauptgegenstand gelten, sofern es unmöglich oder unzumutbar wäre, die Zwecke des Auftrags über je getrennte Verfahren anzustreben. Im Ergebnis sei für die hier zu beurteilende Tätigkeit der A._____AG der "Infektionstheorie" zu folgen. Damit erübrige sich die Prüfung, ob die Bündelung der Strombeschaffung für mehrere Einheiten der Post sachlich geboten gewesen sei. Immerhin sei gemäss Pflichtenheft separat abzurechnen; das spreche dagegen, dass das Energiecontracting zwingend zum Gegenstand einer einzigen Beschaffung gemacht werden müsse; demgegenüber lasse sich wohl jedenfalls nicht sagen, dass das
Energiecontracting der A._____AG selbst für die reservierten und die nicht reservierten Dienste mit zumutbarem Aufwand getrennt beschafft werden könnte.

3.3. Die Beschwerdeführerin macht geltend, es sei eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung, ob die "Präponderanztheorie" oder die "Infektionstheorie" anwendbar sei. Bei der vorliegenden Beschaffung gehe es um Dienstleistungen, die vernünftigerweise nicht getrennt werden könnten, denn an den Standorten, für welche Strom beschafft werden soll, würden Tätigkeiten im Monopolbereich und andere Tätigkeiten untrennbar ausgeübt. Für solche Beschaffungen sei richtigerweise die Präponderanztheorie anwendbar.

3.4. Es trifft zu, dass die Frage, ob die "Infektionstheorie" oder die "Präponderanztheorie" anwendbar ist, von grundsätzlicher Bedeutung sein könnte. Indessen ist nicht dargelegt, dass diese Frage den Ausgang des bundesgerichtlichen Verfahrens zu beeinflussen vermag (oben, E. 1.4) :

3.4.1. Die Beschwerdeführerin will mit ihrer Argumentation offenbar begründen, dass die strittige Beschaffung nicht dem BöB und dem GPA unterstellt sei. Diesfalls könnte sich die Frage stellen, ob der Zuschlagsentscheid nicht beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar gewesen wäre (Art. 39 VöB), so dass dieses den Zuschlagsentscheid nicht hätte aufheben dürfen.

3.4.2. Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Ausschreibung ein offenes Verfahren gemäss GPA ausgeschrieben (Ziff. 1.7 und 1.9 der SIMAP-Publikation vom 14. März 2014) und als Rechtsmittelbelehrung angegeben, gegen die Publikation könne nach Art. 30 BöB Beschwerde bei Bundesverwaltungsgericht erhoben werden. Auch bei der SIMAP-Publikation des Zuschlagsentscheids vom 9./10. Juli 2014 hat sie die gleiche Rechtsmittelbelehrung angegeben. Sie ist somit selber davon ausgegangen, dass die streitbetroffene Beschaffung dem GPA und dem BöB untersteht. Diese Position hat sie im Verfahren vor der Vorinstanz ausdrücklich bekräftigt (Vernehmlassung vom 15. August 2014 Rz. 5; Vernehmlassung vom 3. November 2014 Rz. 6). Es erscheint als unzulässiges venire contra factum proprium (Art. 5 Abs. 3 BV; vgl. BGE 134 V 306 E. 4.3.1), wenn sie sich jetzt auf den Standpunkt stellt, das Verfahren unterstehe nicht dem BöB bzw. dem GPA.

3.4.3. Selbst wenn man im Vorgehen der Beschwerdeführerin nicht ein unzulässiges venire contra factum proprium, sondern eine an sich zulässige neue rechtliche Argumentation erblickt, könnte die Erheblichkeit für den Verfahrensausgang nicht bejaht werden. Eine neue rechtliche Argumentation ist vor Bundesgericht zwar zulässig, aber nur, wenn sie sich auf einen Sachverhalt stützt, der im angefochtenen Urteil festgestellt ist, oder zumindest auf einen Sachverhalt, der sich aus den Akten ergibt (BGE 130 III 28 E. 4.4 S. 34; MEYER/DORMANN, Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 27 zu Art. 99 BGG, N. 12 zu Art. 106 BGG). Will sich eine Partei für ihre neue rechtliche Argumentation auf einen Sachverhalt stützen, der sich zwar in den Akten befindet, aber von der Vorinstanz nicht festgestellt wurde, muss sie in der Beschwerdeschrift darlegen, dass die Vorinstanz den Sachverhalt unvollständig festgestellt und damit materielles Recht verletzt hat (Art. 97 Abs. 1 BGG; Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG; BGE 136 II 65 E. 1.4 S. 68, 134 V 53 E. 4.3 S. 62; Urteil 2C 784/2014 vom 24. April 2015 E. 1.4; MEYER, Wege zum Bundesgericht - Übersicht und Stolpersteine, ZBJV 146/2010 S. 857; SCHOTT, in: Basler Kommentar zum
Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 19 zu Art. 97 BGG). Die Frage, ob die Präponderanztheorie oder die

Infektionstheorie anwendbar sei, ist aber nur erheblich für den Verfahrensausgang, wenn die streitbetroffene Beschaffung mehrheitlich einem nicht dem GPA bzw. BöB unterstellten Zweck dient, denn andernfalls bliebe auch bei Anwendung der Präponderanztheorie die streitige Beschaffung dem BöB bzw. dem GPA unterstellt, so dass der angefochtene Entscheid nicht mit der Begründung aufgehoben werden könnte, das Bundesverwaltungsgericht sei zu Unrecht auf die Beschwerde eingetreten. Die Vorinstanz hat zur Frage, ob die streitbetroffene Beschaffung mehrheitlich einem nicht dem GPA bzw. BöB unterstellten Zweck dient, keine Feststellungen gemacht; sie hat zwar ausgeführt, "wahrscheinlich" werde der grössere Teil des Stromes für Aufgaben verwendet, die nicht im Zusammenhang mit reservierten Diensten stehe. Das ist aber nicht eine Feststellung, sondern nur eine Vermutung. In ihrer Beschwerdeschrift äussert sich die Beschwerdeführerin zur Abgrenzbarkeit der beiden Bereiche und führt beiläufig aus, die Vorinstanz habe sich für die Anwendbarkeit der Infektionstheorie ausgesprochen im Bewusstsein darum, dass sie nicht abgeklärt habe, ob der
überwiegende Teil der streitbetroffenen Beschaffung dem Monopolbereich oder dem Wettbewerbsbereich diene. Damit übersieht sie, dass dem Bundesgericht keine freie Sachverhaltsprüfung, sondern nur eine auf Verletzungen gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG eingeschränkte Überprüfungsbefugnis der vorinstanzlichen Sachverhaltserstellung zukommt; für eine prozesskonforme Sachverhaltsrüge hätte die Beschwerdeführerin aufzeigen müssen, im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht zu haben, dass tatsächlich der überwiegende Teil dem Wettbewerbsbereich diene, und die Vorinstanz zu Unrecht nicht auf ihre Vorbringen eingegangen sei. Unter diesen Umständen fehlen die sachverhaltlichen Grundlagen für eine neue rechtliche Argumentation, weshalb auf die erste, als Grundsatzfrage bezeichnete Rechtsfrage nicht weiter einzugehen ist.

4. Zweite Frage

4.1. Gemäss Art. 29 BöB gelten als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügungen u.a. der Zuschlag oder Abbruch des Vergabeverfahrens (lit. a) sowie die Ausschreibung des Auftrags (lit. b). Desgleichen gilt gemäss Art. 15 Abs. 1bis lit. a der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) "die Ausschreibung des Auftrags" als durch Beschwerde selbstständig anfechtbare Verfügung. Bei einem Beschwerdeverzicht können die hier genannten Verfügungen nicht mehr im Rahmen der Zuschlagsverfügung angefochten werden (Botschaft vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde]notwendigen Rechtsanpassungen, BBl 1994 IV 950, 1200; BGE 125 I 203 E. 3a S. 206; Urteil 2C 225/2009 vom 16. Oktober 2009 E. 4.2). Diese Regelung dient dem Beschleunigungsgebot; Unregelmässigkeiten in der Ausschreibung oder in den Unterlagen sollen unverzüglich korrigiert werden, und Wiederholungen eines ganzen Verfahrens infolge der Aufhebung eines Zuschlagsentscheid wegen Mängel in den Ausschreibungsunterlagen möglichst vermieden werden (BGE 130 I 241 E. 4.3 S. 246).

4.2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum (inter) kantonalen Vergaberecht gehören zur Ausschreibung auch die Unterlagen, die zusammen mit der Ausschreibung abgegeben werden (vgl. § 12 und § 14 der Vergaberichtlinien [VRöB]zur IVöB, erlassen vom Interkantonalen Organ für das öffentliche Beschaffungswesen gestützt auf Art. 3 IVöB; BGE 130 I 241 E. 4.2 S. 245; 125 I 203 E. 3a S. 206; Urteile 2C 225/2009 vom 16. Oktober 2009 E. 4.2; 2C 877/2008 vom 5. Mai 2009 E. 6.1; 2C 107/2007 vom 22. Januar 2008 E. 2.1; 2P.222/1999 vom 2. März 2000 E. 3a). Der Inhalt von Ausschreibungsunterlagen kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich nur dann noch zusammen mit dem Zuschlagsentscheid angefochten werden, wenn die Unterlagen nicht vor dem Ablauf der Beschwerdefrist gegen die Ausschreibung zur Verfügung standen (BGE 130 I 241 E. 4.2 S. 245 f.; 129 I 313 E. 6.2 S. 321 f.). Die Rügeobliegenheit und der Ausschluss dieser Rügen in einem späteren Verfahrensstadium (Verwirkungsfolge) gelten allerdings nur für Unregelmässigkeiten, welche die Parteien tatsächlich festgestellt haben oder bei gebotener Aufmerksamkeit hätten feststellen müssen (BGE 130 I 241 E. 4.3 S. 247; Urteil 2C 107/2007 vom 22. Januar 2008 E. 2.1; GALLI/
MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N. 1258).

4.3. Das Bundesverwaltungsgericht hat in E. 3.3 des angefochtenen Entscheids erwogen, seine Praxis entspreche nicht derjenigen des Bundesgerichts; nach seiner Praxis seien Mängel in den Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich nicht selbständig (d.h. zusammen mit der Ausschreibung des Auftrags) anfechtbar, sondern erst

im nächsten Verfahrensschritt, d.h. in der Regel zusammen mit dem Zuschlagsentscheid (BVGE 2014/14 E. 4.4, m.H. auf den Entscheid der früheren Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. November 2001, VPB 66.38 E. 3; vgl. zur Kontroverse auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., 3. Aufl. 2013, S. 615 ff.). Weiter führte es aus, der in der Ausschreibung als Zuschlagskriterium genannte Begriff der Unabhängigkeit werde in der Ausschreibung weder erklärt noch umschrieben; es könne daher der (heutigen) Beschwerdegegnerin (d.h. der damaligen Beschwerdeführerin) nicht vorgeworfen werden, dass sie die Ausschreibung nicht angefochten habe (E. 3.4.2). Weiter prüfte das Bundesverwaltungsgericht, ob die Beschwerdegegnerin gestützt auf Treu und Glauben eine Rügeobliegenheit in Bezug auf die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltene Beschreibung der Unabhängigkeit treffe (E. 3.5). Nachdem sie an einem früheren Vergabeverfahren teilgenommen habe, wobei ebenfalls die Unabhängigkeit als Kriterium vorausgesetzt worden sei, habe sie annehmen dürfen, dass sie dieses Kriterium erfülle. Auch für den Fall, dass eine entsprechende Rügepflicht angenommen werde, könne der Beschwerdegegnerin nicht vorgeworfen werden, sie hätte die Formulierung in Ziff. 11.6.4 des Pflichtenhefts umgehend beanstanden müssen (E. 3.6 und 3.7). Zudem wäre das Schreiben vom 28. Mai 2014 als Beanstandung zu verstehen, dass das Verständnis der Vergabestelle des Kriteriums Unabhängigkeit nicht sachgerecht sei, zumal die Vergabestelle auf dieses Schreiben nicht mehr reagiert habe (E. 3.8). Somit könne die Frage, inwieweit in Bezug auf die Ausschreibungsunterlagen eine Rügeobliegenheit bestehe, offen gelassen werden. Jedenfalls habe die Beschwerdegegnerin aufgrund des früheren Verfahrens davon ausgehen dürfen, dieses Kriterium bereits einmal erfüllt zu haben, weshalb sie den nun gerügten Mangel in den Ausschreibungsunterlagen in Bezug auf dieses Kriterium nicht erkennen und somit hätte rügen müssen (E. 3.9).

4.4. Die Beschwerdeführerin trägt vor, bei der Frage, ob die betreffend Art. 15 IVöB vom Bundesgericht entwickelte Praxis zur selbstständigen Anfechtbarkeit von Ausschreibungsunterlagen auch für das Bundesrecht (Art. 29 lit. b BöB) gelte, handle es sich um eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung. Die Praxis müsse für beide Bereiche einheitlich sein. Richtigerweise hätte die Beschwerdeführerin auch die Ausschreibungsunterlagen selbständig (d.h. mit Beschwerde gegen die Ausschreibung des Auftrags) anfechten müssen. Vorliegend seien daher die von der heutigen Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerde gegen den Zuschlagsentscheid an die Vorinstanz vorgebrachten Rügen betreffend das Zuschlagskriterium der Unabhängigkeit verspätet gewesen.

4.5. Die aufgeworfene Rechtsfrage mag zwar von grundsätzlicher Bedeutung sein, erweist sich vorliegend aber als nicht erheblich für den Verfahrensausgang: Die Vorinstanz hat nämlich ausdrücklich offen gelassen, inwieweit in Bezug auf die Ausschreibungsunterlagen generelleine Rügeobliegenheit bestehe (E. 3.9 des angefochtenen Urteils). Entscheiderheblich für die Vorinstanz war vielmehr, dass die Beschwerdegegnerin (damalige Beschwerdeführerin) subjektiv auf Grund eines früheren Verfahrens davon ausgehen durfte, dieses Kriterium zu erfüllen. Sie konnte demnach aus der Umschreibung des Unabhängigkeitskriteriums in den Ausschreibungs unterlagen nicht erkennen, dass die Vergabestelle dieses Kriterium eng auslegen werde, sondern durfte sich darauf verlassen, dieses Kriterium zu erfüllen; aus diesem Grund sei die Rüge jedenfalls nicht verspätet vorgebracht worden. Inwiefern ein Bewerber auf Grund eines früheren Verfahrens davon ausgehen kann, ein bestimmtes Kriterium zu erfüllen, und aus diesem Grund für ihn, in subjektiver Hinsicht, ein Mangel in den Ausschreibung (sunterlagen) nicht erkennbar ist, beschlägt nicht die gestellte Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung, sondern ist eine Frage der Einzelfallbeurteilung. Von vornherein unerheblich ist in diesem Zusammenhang die Korrespondenz zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin vom 23./28. Mai 2014, denn in diesem Zeitpunkt war die Frist für eine Anfechtung der Ausschreibung (sunterlagen) längst abgelaufen.

5.
Auch wenn es sich bei den von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Fragen um solche grundsätzlicher Bedeutung handeln mag, sind sie für den Ausgang des vorliegenden, konkreten Verfahrens unerheblich. Aus diesem Grund kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob es sich beim angefochtenen Entscheid überhaupt um einen Endentscheid (Art. 90 BGG) oder einen Zwischenentscheid handelt und ob gegebenenfalls die Eintretensvoraussetzungen (Art. 93 Abs. 1 BGG) erfüllt wären.

6.

Die unterliegende Beschwerdeführerin trägt die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens (Art. 66 Abs. 1 BGG) und hat der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.
Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.– zu bezahlen.

4.
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 28. September 2015

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Zünd

Die Gerichtsschreiberin: Mayhall