



Abteilung II  
B-3797/2015

## Urteil vom 13. April 2016

### Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),  
Richter Pascal Richard, Richterin Eva Schneeberger,  
Richter Francesco Brentani, Richter Hans Urech,  
Gerichtsschreiberin Beatrice Badilatti.

### Parteien

**Publicom AG,**  
Alte Landstrasse 55, 8802 Kilchberg ZH,  
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).

**Sachverhalt:****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. Die Stichprobe muss jeweils so gezogen werden, 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. Im Rahmen der Evaluation der Angebote erhielt die Zuschlagsempfängerin insgesamt 9'700 von maximal 10'000 Punkten, während das Angebot der Publicom AG mit 9'511 Punkten bewertet wurde.

**A.d** 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 aufzuheben und die Sache mit Weisungen entsprechend den Anträgen der Beschwerdeführerin zur neuen Beurteilung an die Vergabestelle zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin vor, die Vergabestelle verletze durch eine unzulässige Änderung der Zuschlagskriterien

bzw. durch ein nachträgliches Verschieben eines zu Beginn der Ausschreibung nicht klar kommunizierten Zuschlagskriteriums das Transparenzprinzip sowie Art. 21 Abs. 2 BöB, soweit mit dieser Norm die Anforderungen an die Publikation von Zuschlagskriterien und Subkriterien beschrieben werden (Beschwerde, S. 8 ff.). Die Vergabestelle habe betreffend das Zuschlagskriterium 3 von den Anbietern zwei Referenzstudien verlangt, welche den Anforderungen gemäss Anhang 4 des Pflichtenhefts zu entsprechen hatten. Gemäss Anhang 4 (ZK3\_3) habe die Referenzstudie mit ihrer inhaltlichen Ausrichtung das ausgeschriebene Projekt zu repräsentieren, wobei namentlich die Online-Angebote der SRG SSR untersucht werden müssen. Der Beschwerdeführerin habe man beim Subkriterium "inhaltliche Vergleichbarkeit" 400 Punkte abgezogen, womit ihr beim Zuschlagskriterium 3 "Referenzstudien" 1'600 von maximal 2'000 Punkten vergeben wurden. Die Vergabestelle habe diese Bewertung dahingehend begründet, dass die Repräsentativität nicht gegeben sei, indem die Beschwerdeführerin das Subkriterium ZK3\_03 "inhaltliche Vergleichbarkeit" (Anhang 4 des Pflichtenhefts) des Zuschlagskriteriums 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). Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ergibt sich 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, weder aus der abschliessenden Aufzählung der Anforderungen unter ZK 3\_03 (Anhang 4 des Pflichtenhefts), noch aus der Beschreibung im Pflichtenheft selbst (vgl. Ziff. 5.4 zum Zuschlagskriterium 3).

Die Beschwerdeführerin bezweifelt ausserdem, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin kostendeckende Preise enthält (Beschwerde, S. 17 ff.). Das Angebot der Zuschlagsempfängerin liege zwar preislich nur rund 3 Prozent unter demjenigen der Beschwerdeführerin, doch hege sie die Vermutung, dass die Zuschlagsempfängerin unter Kosten offeriert habe, weil ihre Methodik viel personalaufwändiger sei als die technologiebasierte Methodik der Beschwerdeführerin. Aus der Tatsache, dass die von der Vergabestelle veranschlagte Anzahl Stunden für das Projekt (rund 11'495 Stunden) tendenziell auf den Erfahrungswerten der den Auftrag bis anhin ausführenden Zuschlagsempfängerin beruhten, schliesst die Beschwerdeführerin, dass diese offenbar einen durchschnittlichen Stundenansatz von Fr. 60.- veranschlage. Die Zuschlagsempfängerin habe, indem

sie deutlich unter Kosten offeriert habe, ein unzulässiges Unterangebot eingereicht. Die Vergabestelle sei zwar nicht verpflichtet gewesen, weitere Abklärungen zu treffen zur Frage, ob einer der in Art. 11 BöB genannten Ausschlussgründe gegeben sei. Indessen sei zusätzlich die Verletzung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb relevant (Beschwerde, S. 20 f.). Ein Unterangebot eines öffentlich-rechtlichen Anbieters sei aus lauterkeitsrechtlicher Sicht zu beanstanden; es müsse verhindert werden, dass Dienstleistungen der Zuschlagsempfängerin mit Steuergeldern quersubventioniert werden, um diese dann nicht kostendeckend am freien Markt anzubieten (Beschwerde, S. 21 ff.). Mit der Veranschlagung von Unterkosten habe die Zuschlagsempfängerin gegen das Zürcher Universitätsgesetz und gegen das Finanzreglement verstossen, womit eine Verletzung von Art. 2 UWG einhergehe. Dieses UWG-widrige Verhalten begründe einen Ausschluss- bzw. Widerrufsgrund im Sinne von Art. 11 BöB.

#### **B.**

Mit superprovisorischer Anordnung vom 17. Juni 2015 untersagte der Instruktionsrichter bis zum Entscheid betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin. Gleichzeitig wurde die Vergabestelle ersucht, die vollständigen Akten betreffend das in Frage stehende Vergabeverfahren einzureichen und zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen. Der Zuschlagsempfängerin wurde mit Hinweis auf die Kostenfolgen freigestellt, ebenfalls eine Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen einzureichen.

#### **C.**

**C.a** Mit Vernehmlassung vom 1. Juli 2015 beantragte die Vergabestelle die Abweisung des Antrags der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Die Vergabestelle machte nicht geltend, die Beschwerde sei offensichtlich unbegründet (Vernehmlassung, Ziff. 2.2). In Bezug auf die Interessenabwägung brachte sie indessen vor, das öffentliche Interesse an einer raschen Umsetzung des ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrags mit Blick auf die konzessionsrechtlichen Vorgaben und der entsprechenden Aufsichtsfunktion der Vergabestelle spreche gegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

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

**D.**

**D.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 Gelegenheit eingeräumt, Stellung zu nehmen in Bezug auf die in der Vernehmlassung der Vergabestelle vom 1. Juli 2015 geltend gemachte Dringlichkeit.

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

**D.c** Mit Eingabe vom 6. Juli 2015 replizierte die Beschwerdeführerin zur Argumentation der Vergabestelle betreffend die Interessenabwägung.

**E.**

Mit Zwischenentscheid vom 13. Juli 2015 wurde dem Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung teilweise entsprochen und der Beschwerde die aufschiebende Wirkung in Bezug auf die Gegenstand der Option bildenden Studien für die Jahre 2016 und 2018 gewährt. Soweit weitergehend, in Bezug auf die Grundleistung des ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrags für das Jahr 2015, wurde der Antrag abgewiesen. Dies mit der Begründung, es bestehe namentlich ein erhebliches öffentliches Interesse an einer möglichst unterbruchsfreien Datenanalyse und damit an der Ausführung der Grundleistung.

**F.**

**F.a** Am 21. Juli 2015 reichte die Beschwerdeführerin substantiierte Akteneinsichtsanträge ein. Sie beantragte namentlich Einsicht in die von der Zuschlagsempfängerin eingereichte Kostenaufstellung der detaillierten Arbeitsschritte und den jeweils dazu veranlagten Aufwand in Stunden und Schweizer Franken. Sie sei auf dieses Dokument angewiesen, um im Hauptverfahren zu beweisen, dass die Zuschlagsempfängerin nicht kostendeckende Löhne veranschlage.

**F.b** Die Vergabestelle führte mit Stellungnahme vom 31. Juli 2015 aus, dass sie die wechselseitige Einsichtnahme der Beschwerdeführerin und

der Zuschlagsempfängerin in die geschwärzten Stellen als problematisch erachte, da im Vergabeverfahren der Grundsatz der Vertraulichkeit gelte.

**G.** Mit selbständig anfechtbarer Zwischenverfügung vom 31. Juli 2015 wurden der Antrag der Zuschlagsempfängerin auf Verzicht der Publikation des Zwischenentscheids zur aufschiebenden Wirkung vom 13. Juli 2015 und der Eventualantrag auf Anonymisierung ihrer Identität abgewiesen.

## **H.**

**H.a** Am 7. August 2015 beantragte die Zuschlagsempfängerin, die Akteneinsichtsansprüche der Beschwerdeführerin vom 21. Juli 2015 seien abzuweisen. Als Begründung brachte sie vor, dass ohne Zustimmung der Betroffenen kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten bestehe.

**H.b** Die Beschwerdeführerin hielt am 13. August 2015 am gestellten Einsichtsbegehren vom 21. Juli 2015 vollumfänglich fest.

**H.c** Die Zuschlagsempfängerin wurde mit Verfügung vom 14. August 2015 ersucht, zum gerichtlichen Abdeckungsvorschlag von ihren die Preise und Kosten betreffende Angebotsunterlagen Stellung zu nehmen. Am 28. August 2015 reichte die Zuschlagsempfängerin eigene Abdeckungsvorschläge ein.

**H.d** Nachdem die Beschwerdeführerin am 1. September 2015 erneut und unaufgefordert Stellung zur Akteneinsicht genommen hatte, hiess der Instruktionsrichter am 3. September 2015 den Antrag der Beschwerdeführerin auf Einsicht in die Seiten 34/40 bis 36/40 der Offerte der Zuschlagsempfängerin teilweise gut, ohne diese Anordnung aber sofort zu vollstrecken.

## **I.**

Mit Eingabe vom 11. September 2015 beantragte die Zuschlagsempfängerin, auf die Publikation der Zwischenverfügung vom 3. September 2015 betreffend die Akteneinsicht sei zu verzichten; eventualiter seien ihre Identität und bestimmte Passagen der Verfügung nicht offenzulegen.

## **J.**

Die mit Zwischenverfügung vom 3. September 2015 genannten Aktenstücke wurden der Beschwerdeführerin am 14. September 2015 in teilweise geschwärzter Form zugestellt.

**K.**

Mit Beschwerdeergänzung vom 25. September 2015 hält die Beschwerdeführerin an ihren gestellten Rechtsbegehren fest. Sie macht geltend, dass gemäss Universitätsgesetz Dienstleistungen in der Regel mindestens kostendeckend in Rechnung gestellt werden müssen. In der Preisberechnung der Zuschlagsempfängerin sei jedoch – wie sich aus der Offerte der Zuschlagsempfängerin ergebe – der Aufwand des Gesamtprojektverantwortlichen nicht berücksichtigt worden. Der ohnehin sehr tief kalkulierte Stundenaufwand sei überhaupt nicht in Rechnung gestellt worden, womit die effektiven Kosten verschleiert worden seien (Beschwerdeergänzung, S. 5 ff.). Die Zuschlagsempfängerin habe aber auch bei den Personalkosten für das übrige Personal nicht die wahren Kosten abgebildet und den Grundsatz der Kostenwahrheit verletzt. Der von der Zuschlagsempfängerin verrechnete Stundenansatz sei zu tief angesetzt (Beschwerdeergänzung, S. 7 ff.). Ausserdem falle auf, dass keine Sachkosten, Akquisitions- und Projekteingabekosten, keine Marge und Risiken eingerechnet worden seien. Auch sei ausgehend von einem durchschnittlichen Overhead von über 36 Prozent die pauschale Abgeltung des Overheads für das Projekt mit 13,4 Prozent viel zu tief ausgefallen (Beschwerdeergänzung, S. 12). Zusammenfassend habe die Zuschlagsempfängerin beim Zuschlagskriterium Preis nur deshalb die maximale Punktzahl erhalten, weil sie den Preis durch Quersubventionierung bzw. Steuergelder künstlich unter den Kosten habe halten können, die realistischerweise bei diesem Projekt anfallen würden.

**L.**

Mit selbständig anfechtbarer Zwischenverfügung vom 2. Oktober 2015 wies der Instruktionsrichter den Antrag der Zuschlagsempfängerin betreffend Verzicht auf die Publikation der Zwischenverfügung vom 3. September 2015 ebenso ab wie die Eventualanträge auf Nichtoffenlegung ihrer Identität und auf Anonymisierung bestimmter Passagen.

**M.**

Am 19. Oktober 2015 reichte die Vergabestelle ihre Vernehmlassung in der Hauptsache ein mit dem Antrag, die Beschwerde abzuweisen. Zur Rüge der Beschwerdeführerin betreffend Punkteabzug bei den Referenzstudien bringt sie vor, dass aus der Systematik der Unterlagen und den relevanten Dokumenten die Vorgaben in Bezug auf die Abdeckung aller vier SRG-Unternehmenseinheiten in den Referenzstudien unmissverständlich hervorgehen würden (Vernehmlassung, Ziffer 2.2 f.). Der Anspruch auf Reprä-

sentativität gelte auch für Referenzstudien, mit denen Bewerber ihre Fähigkeit zur Bewältigung der gestellten Aufgabe belegen würden. In Bezug auf die Rüge des Unterangebots macht die Vergabestelle geltend, dass weder das Gesamttotal im Preisblatt noch die detaillierte Aufstellung der Arbeitsschritte und des dazu veranschlagten Aufwands der späteren Zuschlagsempfängerin Verdachtsmomente begründet hätten, wonach ein Ausschlussgrund nach Art. 11 BöB vorliegen könnte. Auch für die Annahme eines ungewöhnlich niedrigen Angebots, welches das Vorliegen eines Unterangebots vermuten liesse, würden keine Anhaltspunkte vorliegen. Die Preiskalkulation der Zuschlagsempfängerin bewege sich vielmehr im Rahmen früherer vergleichbarer Studien. Schliesslich sei die Vergabestelle berechtigt, aber nicht verpflichtet gewesen, bei der Zuschlagsempfängerin Erkundigungen zur Preisgestaltung einzuholen (Vernehmlassung, Ziffer 3.2.2).

#### **N.**

Mit Replik vom 12. November 2015 führt die Beschwerdeführerin aus, dass die Vergabestelle in Zusammenhang mit der Rüge der einzureichenden Referenzstudien verkenne, dass die entsprechenden Anforderungen nur aus Anhang 4 hervorgehen würden. Die Vergabestelle setze den Inhalt und Umfang des ausgeschriebenen Auftrags mit dem Inhalt und Umfang der Referenzstudien gleich, womit sie die Ausschreibungsunterlagen in unzulässiger Weise auslege (Replik, S. 4 und 6 ff.). Zum unzulässigen Unterangebot macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Vergabestelle Anlass gehabt hätte, zu vermuten, dass die Zuschlagsempfängerin ein Unterangebot eingereicht hat. So sei nicht erklärbar, weshalb der Aufwand des Gesamtprojektverantwortlichen eingerechnet, aber nicht verrechnet worden sei, oder wie es möglich sei, akademisches Personal mit einem durchschnittlichen Personalkostenansatz von unter 60 Franken einzusetzen. Im Unterschied zu privaten Anbietern habe die Zuschlagsempfängerin als öffentlich-rechtliche Anstalt den Verfassungsgrundsatz der Wettbewerbsneutralität zu beachten (Replik, S. 14 f.). Würde man mit Steuergeldern quersubventionierte Unterangebote von öffentlich-rechtlichen Institutionen im Vergaberecht zulassen, werde insbesondere dem Ansinnen, den wirtschaftlichen Einsatz öffentlicher Mittel zu fördern, nicht Rechnung getragen. Ausserdem werde dadurch der Wettbewerb zerstört; das gewählte Vorgehen führe zu einer Ungleichbehandlung zwischen öffentlich-rechtlichen Institutionen und privaten Unternehmen. Im Ergebnis habe die Zuschlagsempfängerin nur deshalb ein derart günstiges Angebot einreichen können, weil sie in Verletzung des UWG einen Preis offeriert habe, der weit unter ihren Gestehungskosten liege. Dieser Wettbewerbsvorteil durch

Rechtsbruch stelle einen Ausschluss- bzw. Widerrufsgrund dar (Replik, S. 17).

**O.**

Die Vergabestelle verzichtete mit Eingabe vom 1. Dezember 2015 auf die Einreichung einer Duplik. Daraufhin wurde der Schriftenwechsel am 2. Dezember 2015 geschlossen.

**P.**

Anlässlich der mit Verfügung vom 3. März 2016 angesetzten öffentlichen Beratung vom 13. April 2016 wurde das Dispositiv dieses Urteils beschlossen und den Verfahrensbeteiligten ausgehändigt.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

**1.1** Ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind, hat das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen (BVGE 2007/6 E. 1; Urteil des BVGer B-1687/2010 vom 21. Juni 2011, auszugsweise publiziert in BVGE 2011/17, E. 1.1).

**1.2** 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]).

**1.3** 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 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

**1.4** 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]) unter-

stellt sind (e contrario Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BöB, vgl. auch Art. 39 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]; BVGE 2008/61 E. 3.1, 2008/48 E. 2.1; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] vom 11. Oktober 2001, publiziert in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.4, E. 1b mit Hinweisen). Das BöB ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), 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.

**1.5** 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).

**1.6** 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 Produktklassifikation 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 einer der Gruppe 864 ("Market research and public opinion polling services") zuzuordnenden Dienstleistung, welche vom Anhang I Annex 4 zum GPA bzw. vom Anhang 1a zur VöB erfasst wird. Demnach fällt die Dienstleistung in den sachlichen Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (vgl. zum Ganzen MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts [im Folgenden: Geltungsanspruch], Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 1059 und 1131 ff.). Weiter überschreitet der Preis des berücksichtigten Angebots von Fr. 688'188.- 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. 230'000.-. Demzufolge wird die in Frage stehende Beschaffung vom Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen erfasst, wovon im Übrigen auch die

Vergabestelle ausgeht. Ausnahmen im Sinne von Art. 3 BöB sind nicht gegeben.

**1.7** 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 Neuurteilung 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 BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 2.3 mit Hinweisen).

**1.8** 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).

**1.9** Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Beschwerde einzutreten ist. Soweit die Beschwerdeführerin der Zuschlagsempfängerin einen Verstoß gegen § 40 Abs. 3 des Gesetzes der Universität Zürich vom 15. März 1998 (LS 415.11; UniG) betreffend die kostendeckende Abrechnung von Dienstleistungen und gegen das diese Bestimmung konkretisierende Finanzreglement der Universität Zürich vom 16. November 2009 (LS 514.112) vorwirft, ist indessen festzuhalten, dass dessen Verletzung nur insoweit zu prüfen ist, als damit zugleich eine Verletzung von Bundesrecht verbunden ist (vgl. Art. 49 Bst. a VwVG; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl., Basel 2013, Rz. 2.172). Das behauptet die Beschwerdeführerin insoweit, als sie eine Verletzung von Art. 2 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG; SR 241) durch Verstoß gegen einschlägiges kantonales Recht geltend macht, worauf im Rahmen der materiellen Ausführungen näher einzugehen sein wird (vgl. dazu E. 2.1 und E. 4.2 hiernach).

## 2.

**2.1** Die Beschwerdeführerin rügt, die Zuschlagsempfängerin habe ein unzulässiges Unterangebot eingereicht. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin liege mit Fr. 688'188.- zwar nur 3 Prozent tiefer als das Angebot der Beschwerdeführerin mit Fr. 709'350.-, doch liege die Vermutung nahe, dass die Zuschlagsempfängerin klar unter Kosten offeriert habe, weil ihre Methodik viel personalaufwändiger sei als die technologiebasierte Methodik der Beschwerdeführerin. Weiter führt die Beschwerdeführerin aus, dass die Vergabestelle zu prüfen gehabt hätte, ob Verletzungen des UWG und des Kartellgesetzes vorliegen, welche zu einer Benachteiligung der Beschwerdeführerin im vorliegenden Vergabeverfahren geführt hätten. Da die Aufzählung der Ausschlussgründe des BöB nicht abschliessend sei und angesichts der Zielsetzungen und ratio legis des BöB, stelle ein wettbewerbswidriges Verhalten einen Ausschlussgrund dar. Das Universitätsgesetz und das Finanzreglement der Zuschlagsempfängerin würden vorschreiben, dass Dienstleistungen in der Regel mindestens kostendeckend zu veranschlagen seien. Damit werde darauf abgezielt, dass Dienstleistungen zu Wettbewerbspreisen erbracht werden; gleichzeitig werde verhindert, dass mit Steuergeldern Dienstleistungen quersubventioniert würden und die Zuschlagsempfängerin so einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil erhalte. Mit der Veranschlagung von Unterkosten habe die Zuschlagsempfängerin gegen diese Vorgaben verstossen und Art. 2 UWG im Sinne eines Wettbewerbsvorteils durch Rechtsverstoss verletzt, womit ein Widerrufsgrund nach Art. 11 BöB vorliege (Beschwerde, S. 17 ff.). Nach erfolgter Akteneinsicht in Teile der Offerte der Zuschlagsempfängerin bringt die Beschwerdeführerin vor, dass die Zuschlagsempfängerin bei einem um 61 Prozent höheren Stundenaufwand einen um 3 Prozent günstigeren Preis angeboten habe und der Stundenaufwand des Projektverantwortlichen keinen Eingang in die Preiskalkulation gefunden habe. Vor diesem Hintergrund hätte die Vergabestelle zumindest nachfragen müssen, wie die Zuschlagsempfängerin ihr Projekt durchzuführen gedenke. Die Vergabestelle hätte nachforschen müssen, da es sich bei der Zuschlagsempfängerin einerseits um eine öffentlich-rechtliche Anstalt handle, die verpflichtet sei, Dienstleistungen kostendeckend zu erbringen und die Aufstellung des Aufwands andererseits die Frage aufwerfe, ob richtige Angaben gemacht worden seien. Quersubventionierte Unterangebote von öffentlich-rechtlichen Institutionen zuzulassen, hiesse diese systematisch zu bevorteilen. Dieses Vorgehen sei auch mit Blick auf die Wettbewerbsneutralität staatlichen Handelns fraglich (Replik, S. 14 ff.).

**2.2** Dagegen bringt die Vergabestelle vor, dass sich die Preiskalkulation im Rahmen früherer vergleichbarer Studien bewege, welche die Zuschlagsempfängerin bereits im Auftrag der Vergabestelle durchgeführt habe. Aufgrund dessen habe für die Vergabestelle keinen Anlass bestanden, ein ungewöhnlich niedriges Angebot anzunehmen. Die Offerte der Zuschlagsempfängerin habe zudem nur rund drei Prozent unter derjenigen der Beschwerdeführerin gelegen. Die Vergabestelle macht ausserdem geltend, dass weder das zur Bewertung verwendete Gesamttotal im Preisblatt noch die detaillierte Aufstellung der Arbeitsschritte und des dazu veranschlagten Aufwands der Zuschlagsempfängerin Verdachtsmomente begründet hätten, wonach ein Ausschlussgrund gemäss Art. 11 BöB vorliegen könnte (vgl. Vernehmlassung vom 19. Oktober 2015, Ziffer 3.2.2).

**2.3** Im Folgenden stellt sich einerseits die Frage, ob eine öffentlich-rechtliche Anbieterin, welche ein Unterangebot einreicht, vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann oder gar muss. Andererseits ist zu entscheiden, ob die Vergabestelle bei entsprechenden Anzeichen nicht nur befugt, sondern auch verpflichtet ist, ein ungewöhnlich niedriges Angebot einer öffentlich-rechtlichen Anbieterin daraufhin zu prüfen, ob Grundsätze des Vergaberechts bzw. des Wirtschaftsverfassungsrechts verletzt worden sind. Schliesslich ist für den Fall, dass die vorstehend aufgeworfenen Fragen zu bejahen sind, in Bezug auf den Sachverhalt zu prüfen, ob die Offerte der Zuschlagsempfängerinnen Auffälligkeiten aufweist, welche die Vergabestelle zu weiteren Abklärungen hätten veranlassen müssen.

### **3.**

**3.1** Weder das BöB noch die VöB in der ursprünglichen Fassung vom 11. Dezember 1995 regeln das Vorgehen bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten. Indessen ist Art. 25 VöB mit dem neuen Titel "Bereinigung und Bewertung der Angebote" im Rahmen der Revision vom 18. November 2009 durch einen entsprechenden Absatz ergänzt worden (AS 2009 6149 ff., insb. S. 6154; vgl. zum Ganzen BVGE 2011/40 E. 4.1). Gemäss dem seit dem 1. Januar 2010 geltenden Art. 25 Abs. 4 VöB kann die Auftraggeberin, die ein Angebot erhält, dessen Preis im Vergleich zu den andern Angeboten aussergewöhnlich niedrig ist, bei der Anbieterin Erkundigungen darüber einholen, ob ein Ausschlussgrund nach Art. 11 BöB vorliegt. Mit dieser Bestimmung wird, wie in Bezug auf die Offertbereinigung nach Art. 25 Abs. 1 VöB, zunächst festgehalten, dass bei aussergewöhnlich niedrigen Angeboten die Abklärungen auch eine Kontaktaufnahme mit

dem betroffenen Anbieter zu rechtfertigen vermögen (vgl. zur Kontaktaufnahme im Rahmen der Offertbereinigung etwa ALEXIS LEUHOLD, Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren, Zürich 2009, insb. Rz. 51 und Rz. 244, oder PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 683 mit Hinweisen).

**3.2** Ein "ungewöhnlich niedriges Angebot" kann als eine Offerte aufgefasst werden, die das Vorliegen eines Unterangebots vermuten lässt (vgl. die Definition zu Art. XIII Abs. 4 Bst. a GPA von GERHARD KUNNERT, WTO-Vergaberecht, Baden-Baden 1998, S. 269). Ein "Unterangebot" ist ein Angebot, das unter den Gestehungskosten des Anbieters liegt (Urteil des BVGer B-1057/2012 vom 29. März 2012 E. 2.6; vgl. HANS RUDOLF TRÜEB, BöB-Kommentar, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Rz. 10 zu Art. 11 BöB, sowie GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1109 mit Hinweisen).

**3.3** Unterangebote sind in Art. 11 BöB nicht als Ausschlussgrund erwähnt. Demnach sind Unterangebote nach dem Beschaffungsrecht des Bundes im Grundsatz zulässig, sofern die Teilnahmebedingungen und Eignungskriterien erfüllt sind (BVGE 2011/40 E. 4.5; TRÜEB, BöB-Kommentar, a.a.O., Rz. 10 zu Art. 11 BöB, GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1110 ff.). Auch besteht diesbezüglich kein Grund zur Annahme einer generellen Pflicht der Vergabestelle zur Einholung zusätzlicher Informationen allein aufgrund eines aussergewöhnlich niedrigen Angebotspreises. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wäre eine solche Pflicht jedenfalls lediglich auf offensichtliche und krasse Fälle zu beschränken (BVGE 2011/40 E. 4.6), in deren Kontext in aller Regel aber auch ein Ausschlussgrund nach Art. 11 BöB und damit einhergehend die Pflicht zur Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen (Art. 12 VwVG) in Frage stehen dürfte (vgl. zum Ganzen das Urteil des BVGer B-1332/2013 vom 12. Februar 2014 E. 3.3.3.1). Immerhin lässt sich bereits den Materialien zur VöB entnehmen, dass ein Unterangebot zum Ausschluss eines Anbieters führen kann, wenn damit eine Verletzung des UWG verbunden ist (Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 1. Januar 2010, S. 17 zu Art. 25 Abs. 4 VöB, siehe <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/17793.pdf>, zuletzt besucht am 15. Januar 2016; vgl. zum Ganzen CHRISTOPH JÄGER, Ausschluss vom Verfahren – Gründe und der Rechtsschutz, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich 2014,

S. 342, und zum kantonalen Vergaberecht etwa das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2002.00348 vom 27. August 2003 E. 3e). Dasselbe gilt auch für den Gesetzgeber im Rahmen des Vorentwurfs zum neuen Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, wenn er von der Unzulässigkeit unlauterer Angebote im Sinne des UWG ausgeht (Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 1. April 2015, S. 35 zu Art. 42 Abs. 3 VE BöB; <https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html>, zuletzt besucht am 18. Mai 2016).

**3.4** Eine unter den Gestehungspreisen liegende Offerte ist namentlich zu rechtfertigen, wenn diese abgegeben wird in der Absicht, in einem Markt neu Fuss zu fassen oder in einer kritischen Phase personelle Überkapazitäten zu überbrücken bzw. Arbeitsplätze zu erhalten (ROBERT WOLF, Der Angebotspreis: Probleme und Lösungen, in: Baurecht, Sonderheft Vergabebagung 2004, S. 12 ff., insb. S. 13; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1115 und 1126, je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Ökonomische Prämisse dieser Konzeption ist das Wissen darum, dass die Risiken, die Unterangebote für die in Frage stehenden Unternehmen mit sich bringen, schon als solche dazu führen, dass der Anreiz für die Abgabe von derartigen Offerten tendenziell in einem vernünftigen Rahmen bleibt. Der Verordnungsgeber hatte also, obwohl das in Art. 25 Abs. 4 VöB nicht explizit gesagt wird, bei der Regelung des Umgangs mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten private Anbieter vor Augen, die die Folgen risikoreichen Verhaltens selbst zu tragen haben und einem hinreichenden „Druck zur Wirtschaftlichkeit“ bzw. den Marktgesetzmäßigkeiten ausgesetzt sind (vgl. unter Betonung des Unterschiedes zu den öffentlichen Vergabestellen dazu etwa GIOVANNI BIAGGINI, Das Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, in: Thürer/Weber/Portmann/Kellerhals [Hrsg.], Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Zürich 2007, S. 651 ff., insb. S. 660 ff., MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz [im Folgenden: Öffentliche Beschaffung], Zürich 2004, S. 62).

**3.5** Nichts anderes als aus dem Beschaffungsrecht des Bundes ergibt sich auch aus Art. XIII Abs. 4 Bst. a GPA. Diese Bestimmung sieht vor, dass die Vergabestelle, wenn sie ein Angebot erhält, das ungewöhnlich niedriger ist als andere eingereichte Angebote, beim Anbieter Erkundigungen einziehen und sicherstellen kann, dass er die Teilnahmebedingungen einhalten und die Auftragsmodalitäten erfüllen kann (vgl. zum Ganzen BVGE 2011/40 E. 4.2). Dabei ist diese Norm (wie auch Art. XV Abs. 6 des revidierten GPA)

im Sinne einer Mindestvorgabe so zu verstehen, dass sie die Nachfrage beim Anbieter erlaubt, aber auch einer nationalen Regulierung nicht entgegensteht, welche die Vergabestelle zur Nachfrage verpflichtet (vgl. dazu rechtsvergleichend etwa das Urteil des EuGH vom 29. März 2012 in der Rechtssache C-599/10 *SAG ELV Slovensko a.s.u.a. ./ Urad pre verejne obstaravanie*, Rz. 27 ff., oder zur deutschen VOB/A etwa RUDOLF WEYAND, Vergaberecht, 4. Aufl., München 2013, Rz. 682 ff. zu § 16 VOB/A, wobei die unangemessen niedrigen Angebote in der VOB/A vom 7. Januar 2016 neu in § 16d geregelt sind). KUNNERT hält dazu fest, dass "von international-rechtlichen Rahmengesetzen realistischerweise keine entscheidenden Beiträge zur Problemlösung" erwartet werden können. Insofern überrasche es nicht, wenn sich der WTO-Vergabekodex damit begnüge, das Thema der ungewöhnlich niedrigen Angebote "am Rande" der Zuschlagsentscheidung zu behandeln (KUNNERT, a.a.O., S. 270). In diesem Sinne hat auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich bereits mit Entscheid VB.2002.00384 vom 27. August 2003 (E. 3d) erkannt, dass sich aus Art. XIII Ziffer. 4 Bst. a GPA (wie auch aus dem einschlägigen kantonalen Vergaberecht) keine gesetzliche Grundlage für einen Ausschluss von Unterangeboten ergibt. Und ebenso gilt aufgrund des soeben in Bezug auf das Regulierungsziel des GPA Gesagten, dass dieses den Ausschluss von Unterangeboten auch nicht verbietet. Damit ist davon auszugehen, dass das GPA (aus der Sicht derjenigen Rechtsauffassung, welche die Betonung der Wettbewerbszielsetzung favorisiert) weniger in die "richtige Richtung" weist, als in der Lehre teilweise angenommen wird (vgl. PETER GAUCH/HUBERT STÖCKLI, Vergabethesen 1999, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, S. 33 ff., insb. S. 34 f. Ziff. 14.3 f.). Zur Wettbewerbszielsetzung hält etwa das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich fest, dass das Verbot von Unterangeboten den Anbietern das Eindringen in neue Märkte erschweren und bestehende Marktstrukturen zementieren würde. Dies wiederum würde nicht der Zielsetzung des Vergaberechts entsprechen (vgl. etwa die Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2002.00384 vom 27. August 2003 E. 3d und VB.2005.00240 E. 3.5.1, je mit Hinweisen).

#### 4.

**4.1** Das Fehlen von Ausschlussgründen stellt die Voraussetzung jeder Verfahrensteilnahme und Auftragserteilung an einen Anbieter dar (JÄGER, a.a.O., S. 325 ff., insb. S. 331). Die Ausschluss- bzw. Widerrufsgründe sind in Art. 11 BöB umschrieben. Danach kann die Auftraggeberin den Zuschlag

widerrufen, insbesondere wenn die Anbieter: (a.) die geforderten Eignungskriterien nach Artikel 9 nicht mehr erfüllen; (b.) der Auftraggeberin falsche Auskünfte erteilt haben; (c.) Steuern oder Sozialabgaben nicht bezahlt haben; (d.) den Verpflichtungen aus Artikel 8 nicht nachkommen; (e.) Abreden getroffen haben, die wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen; (f.) sich in einem Konkursverfahren befinden. Bei den in dieser Bestimmung genannten Gründen handelt es sich aber nicht um eine abschliessende Aufzählung, denn die Verwendung des Begriffs "insbesondere" zeigt, dass von einer bloss beispielhaften Aufzählung auszugehen ist (Zwischenverfügung des BVGer B-6136/2007 und B-6132/2007 vom 30. Januar 2008 E. 9 und zu Art. 19 Abs. 3 BöB etwa das Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3; BEYELER, Öffentliche Beschaffung, a.a.O., Rz. 366; JÄGER, a.a.O., S. 335). So ist namentlich per 1. Januar 2010 in Art. 21a VöB (AS 2009 6149) der durch die Rechtsprechung gestützt auf Art. VI Ziff. 4 GPA entwickelte Ausschluss wegen unzulässiger Vorbefassung des Anbieters und dem daraus resultierenden Wettbewerbsvorteil geregelt (vgl. dazu etwa den Zwischenentscheid des BVGer B-1172/2011 vom 31. März 2011 E. 5.2; TRÜEB, BöB-Kommentar, Rz. 13 zu Art. 11 BöB).

**4.2** Die Beschwerdeführerin macht geltend, um dem UWG zum Durchbruch zu verhelfen, könne der Katalog der Ausschlussgründe auch insoweit nicht als abschliessend verstanden werden. Konkret wirft sie der Zuschlagsempfängerin einen "Wettbewerbsvorteil durch Rechtsverstoss" vor, welcher von Art. 2 UWG erfasst werde. Das UWG-widrige Verhalten der Zuschlagsempfängerin begründet nach Auffassung der Beschwerdeführerin einen Ausschluss- bzw. Widerrufsgrund nach Art. 11 BöB (Beschwerde, S. 22). Replicando führt sie ergänzend aus, dass das Verhalten der Zuschlagsempfängerin auch am Gebot der Wettbewerbsneutralität staatlichen Handelns zu messen sei. Darum gelte es, Quersubventionierungen mittels Steuergeldern zu vermeiden. Ein Verzicht auf das Unterbinden von mit Steuergeldern quersubventionierten "Dumpingpreisen" könne und dürfe nicht Eingang in die Rechtsprechung finden (Replik, S. 15 ff.). Damit wird (jedenfalls implizit) geltend gemacht, es müsse einen Ausschlussgrund geben, der im Ergebnis die Verletzung der Wettbewerbsneutralität durch die öffentliche Hand als Anbieterin verhindere. Ansonsten würden die diesbezüglichen Ausführungen der Beschwerdeführerin zu Art. 25 Abs. 4 VöB, auf welche im Einzelnen später einzugehen sein wird (vgl. E. 5.1 ff. hiernach), keinen Sinn ergeben.

Die Beschwerdeführerin weist im Zusammenhang mit ihren Ausführungen zu Art. 2 UWG auf § 40 Abs. 3 des Zürcher Universitätsgesetzes (UniG) hin, wonach die Universität Zürich Dienstleistungen in der Regel mindestens kostendeckend in Rechnung zu stellen hat. Dazu konkretisiere § 15 des Finanzreglements der Universität Zürich, dass die von Dritten im Rahmen von Dienstleistungen zu leistende Entschädigung marktkonform und mindestens kostendeckend anzusetzen sei, wobei insbesondere direkte Kosten, wie Lohn- und Sozialversicherungskosten des beteiligten Personals, Sachkosten, Mehrwertsteuer und die Abgeltung besonderer Risiken sowie indirekte Kosten (Overhead) wie der Raum, die Infrastruktur- und Administrationskosten zu berücksichtigen seien. Indem die Zuschlagsempfängerin nicht kostendeckende Dienstleistungen angeboten habe, habe sie gegen diese Regeln verstossen.

**4.3** Die Vergabestelle bringt zur Frage des Ausschlusses der Zuschlagsempfängerin lediglich vor, dass keine Verdachtsmomente vorgelegen hätten, welche einen Ausschlussgrund nach Art. 11 BöB oder ein ungewöhnlich niedriges Angebot der Zuschlagsempfängerin hätten vermuten lassen. Deren Preiskalkulation bewege sich denn auch im Rahmen früherer vergleichbarer Studien. Ausführungen zur Frage eines Ausschluss- bzw. Widerrufsgrunds nach Art. 11 BöB in Zusammenhang mit UWG-widrigem Verhalten bzw. dem Gebot der Wettbewerbsneutralität macht die Vergabestelle dagegen nicht.

**4.4** Die Vergabestelle legt ihrer Argumentation richtigerweise die Auffassung zugrunde, dass es nicht ihre Sache ist, den Vorgaben des Zürcher Universitätsgesetzes betreffend die Quersubventionierung zum Durchbruch zu verhelfen. Zutreffend ist auch, dass weder das Binnenmarktrecht noch das Vergaberecht des Bundes die Tatsache der Subvention von Anbietern an sich als Problem adressieren (Entscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 14. April 2015, publiziert in Baurecht 2015 S. 233 f. Nr. 326, E. 6a mit Anmerkungen BEYELER; vgl. dazu auch WOLF, a.a.O., S. 13 f.). In vergleichbarer Weise hat etwa für das deutsche Recht das OLG Düsseldorf angenommen, dass aus dem Erhalt staatlicher Fördermittel als solchem keine für den betreffenden Bieter ungünstigen Rechtsfolgen abgeleitet werden können (grundlegend Beschluss 22/02 vom 26. Juli 2002 E. B/3a/aa; vgl. auch Vergabekammer [VK] Bund, Beschluss 3-20/13 vom 24. April 2013 E. II/2a). Inwieweit allenfalls in der Verletzung einschlägiger Normen des Universitätsgesetzes ein lauterkeits- und damit bundesrechtlich relevanter Rechtsbruch im Sinne von Art. 2 UWG zu sehen ist (vgl. dazu etwa PETER JUNG, in: Jung/Spitz

(Hrsg.), Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2010, Rz. 107 ff. zu Art. 2 UWG), kann zudem aufgrund der nachfolgenden Ausführungen offen bleiben.

**4.5** Das in Art. 27 BV verankerte Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit schützt die freie Wahl des Berufes sowie die freie wirtschaftliche Entfaltung des Individuums. Gemäss Art. 94 Abs. 1 BV halten sich Bund und Kantone an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Abweichungen von diesem Grundsatz, insbesondere Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, sind nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind (Art. 94 Abs. 4 BV). Art. 27 BV schützt damit den individualrechtlichen Gehalt; Art. 94 BV als grundlegendes Ordnungsprinzip einer auf marktwirtschaftlichen Prinzipien beruhenden Wirtschaftsordnung schützt die systembezogene oder institutionelle Dimension der Wirtschaftsfreiheit, wobei diese beiden Aspekte eng aufeinander bezogen sind und nicht isoliert betrachtet werden können (BGE 138 I 378 E. 6.1 mit Hinweisen; Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 175 ff., 293, 296; KLAUS A. VALLENDER, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender [Hrsg.], St. Galler BV-Kommentar, Zürich/St. Gallen 2014, Rz. 29 f. zu Art. 27 BV). Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden verbietet Massnahmen, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind, namentlich wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten oder Konkurrentengruppen gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen (BGE 131 II 271 E. 9.2.2 mit Hinweisen). Zu vermeiden gilt es demnach die Verzerrung des Wettbewerbs unter direkten Konkurrenten (RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 5 Rz. 135). Auch eine faktische Massnahme kann gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstossen (BGE 138 I 378 E. 6.2.2).

**4.6** Die Wirtschaftsfreiheit gibt auch in ihrer Ausprägung als Gebot der Gleichbehandlung der Konkurrierenden bzw. Wettbewerbsneutralität keinen individualrechtlichen Schutz vor staatlicher Konkurrenz. Wird das Gemeinwesen in gleicher Weise wie ein Privater unternehmerisch tätig, so bewirkt dies zunächst nur eine systemimmanente Verschärfung des Konkurrenzdruckes, mit der jeder Wirtschaftsteilnehmer jederzeit zu rechnen hat (BGE 138 I 378 E. 6.2.2 mit Hinweisen; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, a.a.O., § 18 Rz. 57 und Rz. 68). Dies gilt jedenfalls so lange, als ein gewisses Mass nicht überschritten wird (STEFAN VOGEL, Der Staat als

Marktteilnehmer, Zürich 2000, S. 102 f.). Auch UHLMANN geht davon aus, dass die gewinnorientierte staatliche Wirtschaftstätigkeit zulässig ist; gerade die Gewinnorientierung stelle dabei die Einhaltung der Wettbewerbsneutralität sicher (FELIX UHLMANN, Gewinnorientiertes Staatshandeln, Basel 1997, S. 216 ff.; vgl. dazu auch SCHLATTER, welche sich dieser Meinung anschliesst, ELIANE SCHLATTER, Grundrechtsgeltung beim wirtschaftlichen Staatshandeln, Zürich/Basel/Genf 2009., S. 38 ff.). VOGEL ist der Meinung, dass unternehmerisch tätige Subjekte mit staatlichem Hintergrund nicht per se in die Wirtschaftsfreiheit eingreifen, sofern diese rechtlich oder finanziell nicht bessergestellt werden und so nicht gezielt die Wettbewerbsverhältnisse verzerrt werden (VOGEL, a.a.O., S. 102 ff.). Daraus ergibt sich, dass der Grundsatz der Staatsfreiheit der Wirtschaft insoweit eher ein wirtschaftspolitisches Leitbild als eine Rechtsregel darstellt (BGE 138 I 378 E. 6.2.2 in fine; UHLMANN, a.a.O., S. 180 f.; anders möglicherweise VALLENDER, a.a.O., Rz. 55 zu Art. 27 BV, wie auch PAUL RICHLI, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Bern 2007, Rz. 179). Dabei wird jedenfalls eine formell-gesetzliche Grundlage vorausgesetzt (RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, a.a.O., § 5 Rz. 149; SCHLATTER, a.a.O., S. 32), was sich unabhängig vom Vorliegen eines Grundrechtseingriffs im Sinne von Art. 36 BV schon aus dem materiellen Gesetzesbegriff im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV ergibt (vgl. dazu BVGE 2014/50 E. 4.3 ff. und insbesondere zur marktordnenden Wirkung staatlicher Einkaufstätigkeit BVGE 2009/17 E. 8.2). Ausserdem soll sich die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens wettbewerbsneutral bzw. nicht wettbewerbsverzerrend zeigen und mit Blick auf die Gleichbehandlung der Konkurrenten den gleichen Wettbewerbsbedingungen unterworfen werden, wie ein entsprechendes privates Unternehmen (BGE 130 I 96 E. 3.7). Aus der Sicht des Betroffenen kann es keinen Unterschied machen, ob das Gemeinwesen andere private Konkurrenten (namentlich im Sinne der Schaffung gewisser regulatorischer Rahmenbedingungen) verfassungswidrig unterstützt oder ob es selbst, unmittelbar durch seine Teilnahme am Marktprozess, Urheberin einer Wettbewerbsverzerrung ist (UHLMANN, a.a.O., S. 198 ff.).

#### 4.7

**4.7.1** Für das Vergaberecht ergibt sich aus dem zur wirtschaftsverfassungsrechtlichen Ausgangslage soeben Gesagten, dass die Teilnahme von Subjekten mit staatlichem Hintergrund, namentlich von selbständigen öffentlich-rechtlich konstituierten Rechtssubjekten, an Vergabeverfahren

grundsätzlich erlaubt ist (Entscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 14. April 2015, publiziert in Baurecht 2015 S. 233 f. Nr. 326 E. 5b mit Anmerkungen BEYELER; BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 1382). Insoweit nimmt das Vergaberecht den Markt grundsätzlich so hin, wie er tatsächlich ist. Dies aufbauend auf der Prämisse, dass die Marktteilnahme an sich dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden nicht widerspricht (BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 1389). Davon gehen auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER (a.a.O., Rz. 251) aus, wenn sie festhalten, dass einem öffentlich beherrschten "Profitcenter", welches als Marktteilnehmerin auftritt, keine Aufträge mittels In-house-Beschaffung zugehalten werden dürfen. In diesem Sinne führt auch BEYELER aus, dass Akteure, welche für eine vergaberechtsfreie In-house, Quasi-in-house oder In-state-Vergabe infrage kämen, dieses Privileg verlieren, sobald sie an einem öffentlichen Vergabeverfahren teilnehmen (BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 1387). In gleicher Weise wird für das EU-Vergaberecht bereits in Form einer Begriffsbestimmung geklärt, dass auch eine öffentliche Einrichtung als Wirtschaftsteilnehmer bzw. Anbieterstellung im Sinne des Richtlinienrechts einnehmen kann. Art. 2 Abs. 1 Ziff. 11 der Richtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014 (ABl. L 94 vom 28. März 2014, S. 65 ff.) nimmt insoweit die Konzeption früherer Definitionen auf (vgl. dazu auch die Urteile des EuGH vom 18. Dezember 2014 in der Rechtssache C-568/13 Rz. 30 ff. und vom 6. Oktober 2015 in der Rechtssache C-203/14 Rz. 32 ff.). Davon offensichtlich inspiriert ist die vergleichbare Legaldefinition "Anbieterin" gemäss Art. 2 Bst. a des Vorentwurfs des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (VE BöB; <https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html>, zuletzt besucht am 18. Mai 2016), nach welcher ebenfalls davon auszugehen ist, dass sich eine öffentliche Einrichtung um öffentliche Aufträge bewerben darf.

**4.7.2** Der Grundsatz der Zulässigkeit staatlichen Anbietens in öffentlichen Vergabeverfahren steht jedoch unter einem wichtigen Vorbehalt: Die in Frage stehenden Subjekte müssen über eine entsprechende gesetzliche Marktbetätigungserlaubnis verfügen, welche namentlich sicherstellt, dass keine faktische Quersubventionierung der Wettbewerbstätigkeit des Subjektes aus hoheitlichen oder anderen marktfernen Tätigkeiten dieses Subjektes stattfinden kann (BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 1386). Nach RICHLI versteht sich generell von selbst, dass öffentliche Unternehmen eine allfällige privatwirtschaftliche Tätigkeit nicht aus dem Monopolbereich quersubventionieren dürfen (RICHLI, a.a.O., Rz. 334). In gleicher

Weise hält auch UHLMANN fest, dass eine Quersubventionierung unzulässig ist. Ganz generell verbiete der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, dass Verwaltungsträger einen funktionierenden Markt durch Finanztransfers verfälschen (UHLMANN, a.a.O., S. 213 f. und S. 216). Daraus schliesst das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, dass in Bezug auf die Kalkulation der Anbieter eine gewisse Kontrolle am Platz ist, wenn es sich bei den Anbietern um öffentliche Gemeinwesen handelt oder um private Organisationen, die erhebliche staatliche Finanzmittel erhalten; in diesen Fällen ist es nach dieser Rechtsprechung gerechtfertigt, vermehrt auf die Kalkulation der Angebote zu achten, um Quersubventionen zu vermeiden (Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2007.00531 vom 1. Oktober 2008 E. 3.4.7 und VB.98.00319 vom 24. November 1999 E. 7c; vgl. zum Ganzen mit rechtvergleichendem Fokus das Urteil VB.2002.00384 vom 27. August 2003 E. 3d; siehe auch WOLF, a.a.O., S. 13 f.).

**4.7.3** Zum Schluss, dass Unterangebote der öffentlichen Hand für die Vergabestelle relevant sind, führt auch ein Blick auf die Ziele des Vergaberechts selbst. Gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. b BöB will der Bund mit diesem Gesetz den Wettbewerb unter den Anbietern stärken. Zugleich soll der wirtschaftliche Einsatz der öffentlichen Mittel gefördert werden (Art. 1 Abs. 1 Bst. c BöB). Die Gesetzeszwecke stehen einerseits in einem engen Bezug zueinander (Botschaft zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde] notwendigen Rechtsanpassungen [GATT-Botschaft 2] vom 19. September 1994; BBl 1994 IV 950 ff., insb. S. 1176), können aber auch im Sinne von Zielkonflikten in einem Spannungsverhältnis stehen (Zwischenentscheid des BVGer B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 5.6.1 mit Hinweisen). Dabei ist davon auszugehen, dass die Vergabeerlasse keine Rangfolge festlegen bzw. die Ziele gleichwertig sind, womit eine Abwägung im Einzelfall erfolgen muss (MARCO FETZ, Öffentliches Beschaffungswesen des Bundes, in: Cottier/Oesch [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XI: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. Aufl., Basel 2007, S. 477 ff., insb. S. 498). Damit hat das Gebot der haushälterischen Verwendung öffentlicher Mittel keinen Vorrang im Verhältnis zu Transparenz, Wettbewerb und Gleichbehandlung der Anbieter (MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich 2008, S. 132 Rz. 359; anderer Meinung STEFAN SUTER, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, Basel 2009, S. 71). Dabei besteht der Anreiz zur Teilnahme namentlich im Vertrauen auf die Fairness des Wettbewerbsverfahrens (SUTER, a.a.O., S. 71). Teil der Wettbewerbszielsetzung ist auch das Gebot der Wettbewerbsneutralität (BEYELER, a.a.O., S. 27 ff.). Des

Weiteren führt das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich zutreffend aus, dass eine gewisse Aufmerksamkeit in Bezug auf die Frage der Quersubventionierung auch der Gleichbehandlung der Anbieter dient (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.98.00319 vom 24. November 1999 E. 7c). Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass das Verbot der Quersubventionierung auch aus der Sicht der Ziele des Vergaberechts nicht als irrelevanter bzw. vergabefremder Gesichtspunkt erscheint.

**4.8** Zusammenfassend ist ein öffentlich-rechtliches Subjekt grundsätzlich berechtigt, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen. Indessen muss bei einer derartigen Teilnahme darauf geachtet werden, dass das unternehmerisch tätige Subjekt nicht wettbewerbsverzerrend auftritt. Als Konsequenz daraus muss die Vergabestelle jedenfalls die Möglichkeit haben, wenn nicht gar verpflichtet sein, ein Angebot eines öffentlichen Anbieters, welches aufgrund von Quersubventionierung nicht kostendeckend ist, gestützt auf Art. 11 BöB auszuschliessen. Das sagt BEYELER in aller Klarheit, wenn er für den Fall einer unzulässigen Quersubventionierung davon ausgeht, dass ein "Teilnahmerecht" auszuschliessen ist (BEYELER, Geltungsanspruch a.a.O., Rz. 1386). In gleicher Weise geht auch FETZ von der unzulässigen Quersubventionierung als möglichem (wohl fakultativem) Ausschlussgrund aus, wenn er in diesem Zusammenhang auf die nicht abschliessende Aufzählung der Ausschlussgründe in Art. 11 BöB hinweist (FETZ, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, a.a.O., S. 507 mit Fn. 113; vgl. zum Ganzen E. 4.1 hiervor). Aus rechtsvergleichender Sicht ist auch die Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen, wonach ein Mitgliedstaat im Hinblick auf die Möglichkeit, ein Angebot einer öffentlichen Einrichtung abzulehnen, eine öffentliche Finanzierung berücksichtigen darf, die eine solche Einrichtung erhält (Urteil des EuGH vom 18. Dezember 2014 in der Rechtssache C-568/2013 Rz. 30 ff.). An dieser Stelle ist ausserdem darauf hinzuweisen, dass im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens die Anforderungen an die erforderliche Normstufe und Normdichte nicht überspannt werden dürfen (vgl. dazu spezifisch zu Art. 11 BöB JÄGER, a.a.O., S. 337). Richtig ist zwar, dass der Ausschluss mit Blick auf Rechtsgüter, die nicht aus den Zielsetzungen des Vergaberechts abgeleitet werden, eine Verordnungs- oder gar eine formell-gesetzliche Grundlage voraussetzen (JÄGER, a.a.O., S. 337 f., oder mit Blick auf die Umweltschutzgesetzgebung MARC STEINER, Nachhaltige öffentliche Beschaffung – ein Blick auf das Vergaberecht des Bundes und die Perspektiven, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich 2014, S. 149 ff., insb. S. 154; vgl. in Bezug auf Zuschlagskriterien BGE 140 I 287 E. 7.2 mit Hinweisen sowie das Urteil des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015

E. 4.4). Demgegenüber ist das Ziel der Wahrung der verfassungsrechtlich gebotenen Wettbewerbsneutralität bzw. der Gleichbehandlung der Konkurrierenden dem Vergaberecht als konkretisiertem Wirtschaftsverfassungsrecht vergleichbar der Vermeidung gewisser Verstöße gegen das UWG (vgl. dazu E. 3.3 hiervor) inhärent. Der zu vermeidende Wertungswiderspruch ergibt sich mit anderen Worten aus dem Regulierungsziel der Stärkung des Anbieterwettbewerbs selbst (Art. 1 Abs. 1 Bst. b BÖB; vgl. E. 4.7.3 hiervor). Damit steht die fehlende gesetzliche Grundlage einem Ausschluss eines öffentlich-rechtlich konstituierten Subjekts als Anbieter zur Vermeidung von Quersubventionierung nicht im Wege. Mit anderen Worten dürfen unternehmerisch tätige Subjekte mit staatlichem Hintergrund in Bezug auf die Frage nach der Zulässigkeit von Unterangeboten aufgrund ihrer Ungleichheit in Bezug auf das unternehmerische Risiko bzw. die Möglichkeit der Quersubventionierung nicht mit privaten Anbietern gleichgestellt werden, welchen es nach der Rechtsprechung grundsätzlich nicht verwehrt ist, Unterangebote einzureichen (vgl. E. 3.3 hiervor).

## 5.

Nach dem Gesagten ist nun zu prüfen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen bzw. gestützt auf welche Bestimmung die Vergabestelle gehalten gewesen wäre, die Kalkulation der Zuschlagsempfängerin zu überprüfen und allenfalls entsprechende Erkundigungen einzuziehen.

### 5.1 Der Wortlaut des von der Beschwerdeführerin angerufenen Art. 25 Abs. 4 VöB lautet wie folgt:

"Erhält sie [die Auftraggeberin] ein Angebot, dessen Preis im Vergleich zu den andern Angeboten aussergewöhnlich niedrig ist, so kann sie bei dem Anbieter oder der Anbieterin Erkundigungen darüber einholen, ob ein Ausschlussgrund nach Artikel 11 des Gesetzes vorliegt."

Diese Kann-Vorschrift stellt es grundsätzlich in das Ermessen der Behörde, ob im Falle des Vorliegens ungewöhnlich niedriger Angebote privater Anbieter zusätzliche Erkundigungen eingeholt werden sollen oder nicht (vgl. E. 3.1 hiervor). An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten. Indessen ist zu prüfen, ob und inwiefern sich der Umstand, dass es sich bei der Zuschlagsempfängerin um eine öffentlich-rechtliche Anstalt handelt, insofern auswirkt, als die Vergabestelle unter gewissen Voraussetzungen verpflichtet sein kann, Erkundigungen in Bezug auf die Kalkulation des Angebots einzuholen.

**5.2** Art. 25 Abs. 4 VöB wird mit "Bereinigung und Bewertung der Angebote" betitelt und findet sich – was für die systematische Auslegung bedeutsam ist – unter dem 2. Kapitel: Beschaffungen im Anwendungsbereich des Gesetzes; 2. Abschnitt: Vergabeverfahren. Damit ist davon auszugehen, dass ähnlich wie bei der Offertbereinigung im Sinne von Art. 25 Abs. 1 VöB eine Ermächtigung, nicht aber eine Verpflichtung zur Kontaktaufnahme mit Anbietern anvisiert ist (Urteil des BVGer B-1332/2013 vom 12. Februar 2014 E. 3.3.2). Zweck der Bestimmung nach Art. 25 Abs. 4 VöB ist es, der Vergabestelle zu ermöglichen, eine Anbieterin auf Gründe, welche zu ihrem Ausschluss führen können, zu überprüfen.

**5.3** Das Ermessen der Vergabestelle in Bezug auf die Frage, ob bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten Erkundigungen eingeholt werden sollen, fusst auf der Prämisse, dass das Einreichen von Unterangeboten nicht per se problematisch ist (vgl. E. 3.3 hiavor). Der Verordnungsgeber hatte dabei private Anbieter im Auge; zu öffentlichen Anbietern enthalten weder das Gesetz noch die Verordnung einschlägige Vorgaben (vgl. E. 3.1 und 3.4). Damit wäre einerseits möglich, Art. 25 Abs. 4 VöB auf Offerten von öffentlich-rechtlichen Anbietern analog anzuwenden und dabei zu berücksichtigen, dass diese nicht mit jenen von privaten Anbietern gleichzusetzen sind. Deshalb ist im vorliegenden Fall die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Unterangeboten von privaten Anbietern (vgl. dazu das Urteil des BVGer B-1332/2013 vom 12. Februar 2014 E. 3.3), auf welche sich die Vergabestelle beruft (Vernehmlassung vom 19. Oktober 2015, S. 7), jedenfalls nicht einschlägig. Denn im Unterschied zu privaten Unterangeboten sind öffentlich-rechtliche nicht kostendeckende Offerten mit Blick auf die Frage der Quersubventionierung tendenziell problematisch (vgl. E. 4.7.2 hiavor). Indessen kann vorliegend offen bleiben, ob aus Art. 25 Abs. 4 VöB (per analogiam) eine entsprechende Abklärungspflicht abzuleiten ist. Denn eine solche ergibt sich jedenfalls aus dem Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 12 VwVG. Diese Bestimmung bringt zum Ausdruck, dass im Verwaltungsverfahren die Abklärung sowie die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts von zentraler Bedeutung sind. Die für die Entscheidfindung vorzunehmende Tatsachenfeststellung setzt ihrerseits voraus, dass die Sachlage korrekt und vollständig ermittelt worden ist (PATRICK KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER/FABIO BABEY, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich 2016, Rz. 1 zu Art. 12 VwVG). Dabei sind alle Tatsachen entscheid- bzw. rechtserheblich, welche die tatbestandlichen Voraussetzungen einer anwendbaren Rechtsnorm betreffen (BVGE 2009/64 E. 7.3;

KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, a.a.O., Rz. 28 zu Art. 12 VwVG). In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Bundesverwaltung, wenn sie als Vergabestelle ihren Bedarf deckt, nicht hoheitlich als Regulierungsbehörde handelt, sondern als regulierungsbedürftige Akteurin. Die Wahrung des wirksamen Wettbewerbs obliegt der Wettbewerbskommission (Verfügung der WEKO betreffend Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich vom 22. April 2013, publiziert in Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2013 S. 524 ff., insb. S. 551 Rz. 137). Nichtsdestoweniger ist die Vergabestelle gehalten, im Bewusstsein um die Zielkonflikte zwischen wirtschaftlichem Mitteleinsatz und den anderen in Art. 1 BÖB formulierten Zielen zu handeln; dabei hat sie dem Wettbewerbsziel als konkretisiertem Wirtschaftsverfassungsrecht Rechnung zu tragen (vgl. zu Zielkonflikten zwischen den Gesetzeszwecken E. 4.7.3 hiavor). Namentlich in spezialisierten kleinen Anbietermärkten hat die Auftraggeberin, wenn sie – wie vorliegend – immer wieder vergleichbaren Bedarf decken muss, im Übrigen nicht nur ein Interesse am (einmaligen) wirtschaftlichen Mitteleinsatz, sondern auch an der (langfristigen) Förderung funktionierenden Wettbewerbs. In Bezug auf Angebote öffentlich-rechtlicher Anbieter hat das Gericht festgehalten, dass die Vergabestelle mit Blick auf die Gewährleistung des Wettbewerbs bzw. der Gleichbehandlung der Konkurrierenden (E. 4.5 hiavor) zumindest die Möglichkeit hat, Unterangebote von öffentlichen Einrichtungen auszuschliessen (E. 4.8 hiavor). Daraus ergibt sich, dass bei öffentlich-rechtlichen Anbietern "vermehrt" auf die Kalkulation der Angebote zu achten ist, um Quersubventionen zu vermeiden (E. 4.7.2 in fine hiavor). Somit erweist sich der insoweit relevante Sachverhalt als im Sinne von Art. 12 VwVG rechts- bzw. entscheidenerheblich. Ausserdem kann es sich bei entsprechenden Abklärungen auch aus der Logik des Vergaberechts betrachtet nicht um unerlaubten Kontakt mit Anbietern handeln. Somit ergibt sich, dass von einer Verpflichtung der Vergabestelle auszugehen ist, entsprechende Angebote für den Fall, dass gewichtige Indizien im Sinne eines ungewöhnlich niedrigen Angebots gegeben sind, dahingehend zu überprüfen, ob ein Unterangebot vorliegt. Ansonsten kann dem Gebot der Gleichbehandlung der Konkurrierenden im Ergebnis keine Nachachtung verschafft werden. Dabei kommt der Auftraggeberin diesbezüglich kein Ermessen zu; die Prüfung, ob der Untersuchungsgrundsatz verletzt worden ist, erfolgt in Beantwortung einer Rechtsfrage (BGE 132 V 393 E. 4.2). Demnach kann sich die Vergabestelle nicht auf den Standpunkt stellen, es stehe auch für den Fall, dass gewichtige Indizien im Sinne eines ungewöhnlich niedrigen Angebots vorliegen in ihrem Ermessen, ob sie weitere Abklärungen trifft oder nicht.

**5.4** Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vergabestelle beim Vorliegen gewichtiger Indizien im Sinne eines ungewöhnlich niedrigen Angebots öffentlich-rechtlicher Anbieter nicht nur ermächtigt, sondern auch verpflichtet ist, Abklärungen zu treffen und gegebenenfalls Erkundigungen einzuziehen mit dem Ziel, die Kalkulation der Zuschlagsempfängerin zu überprüfen.

## **6.**

Im Folgenden ist nun zu prüfen, wie das beschriebene Recht auf den vorliegenden Fall anzuwenden ist.

**6.1** Gemäss § 1 Abs. 1 des UniG handelt es sich bei der Zuschlagsempfängerin um eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit. Die Zuschlagsempfängerin erbringt in Zusammenhang mit der wissenschaftlichen Arbeit in der Forschung und Lehre auch Dienstleistungen (vgl. § 2 UniG). Die Zuschlagsempfängerin verfügt demnach jedenfalls über eine gesetzliche Grundlage, auf welche sie ihr Auftreten als Anbieterin in Vergabeverfahren stützen kann. Nach dem Gesagten ist die Zuschlagsempfängerin grundsätzlich berechtigt, am vorliegenden Vergabeverfahren teilzunehmen (vgl. E. 4.8 hiervor) bzw. die Vergabestelle musste die Zuschlagsempfängerin einzig aufgrund des Umstands, dass es sich um ein Subjekt mit staatlichem Hintergrund handelt, nicht aus dem Vergabeverfahren ausschliessen.

**6.2** Das Angebot der Zuschlagsempfängerin enthält betreffend die Kosten ein Preisblatt, wobei die Aufstellung 1 die Arbeitsschritte detailliert darstellt und den dazu veranschlagten Aufwand in Stunden und Franken pro Jahresstudie *ohne* optionale Zusatzstudien und die Aufstellung 2 die Kosten *mit* den optionalen Zusatzstudien aufführt (vgl. Beilage 10 der Vergabestelle). Dieser Abschnitt 5 "Preise und Kosten – Zuschlagskriterium ZK 1" wurde der Beschwerdeführerin im Rahmen der Akteneinsicht im Hauptverfahren teilweise offengelegt. Aus den Preisblättern ist ersichtlich, dass der Projektverantwortliche 177.99 bzw. 188.19 Stunden als Eigenleistung für das Projekt pro Jahr einplant. Unter der Rubrik "Gehälter" wird kein Frankenbetrag vermerkt, sondern bloss "Eigenleis" genannt. Gemäss Anhang 5 des Angebots der Zuschlagsempfängerin werden für die Projektleitung – wie auch für die übrigen Mitarbeiter – Fr. 57.37 pro Stunde exkl. MwSt. berechnet (Beilage 12 der Vergabestelle). Die Leistungen des Gesamtprojektverantwortlichen werden auf dem Preisblatt (Beilage 10 der Vergabestelle) sodann nicht zu den Projektkosten gerechnet und finden letztlich keinen Eingang in die Kostenaufstellung der Zuschlagsempfängerin. Auch

Sekretariatskosten werden gemäss den Angaben der Zuschlagsempfängerin keine ausgewiesen, da diese in den Overhead-Kosten inkludiert seien. Die Overhead-Kosten werden mit 5% für das Institut für Publizistikwissenschaft und Medienforschung (IPMZ) und mit 10% für die Universität Zürich einberechnet.

**6.3** Beim Angebot der Zuschlagsempfängerin fällt insbesondere auf, dass die Arbeiten des Gesamtprojektverantwortlichen mit 177.99 Stunden bzw. 188.19 Stunden (vgl. Seiten 36 und 37 der Beilage 10 der Vergabestelle) in der Preisberechnung nicht berücksichtigt werden. Mit rund 180 Stunden ist der Aufwand des Gesamtprojektverantwortlichen im Vergleich zu den übrigen Mitarbeitern (795.26 Stunden, 533.29 Stunden und 567.46 Stunden) zwar geringer, jedoch keineswegs als vernachlässigbar zu qualifizieren. Zudem widmet das Angebot der Zuschlagsempfängerin der Person des Gesamtprojektverantwortlichen rund 10 von 40 Seiten, insbesondere mit einer Auflistung seiner Publikationen. Die Vergabestelle konnte folglich, so wie sich die Zuschlagsempfängerin präsentiert, davon ausgehen, dass der Gesamtprojektverantwortliche nicht nur in quantitativer, sondern auch in qualitativer Hinsicht für das Projekt einsteht und wesentlich am Projekt beteiligt ist. Aus dem Angebot der Zuschlagsempfängerin geht nicht klar hervor, ob der Stundenansatz des Gesamtprojektverantwortlichen dem Stundenansatz der "Projektleitung" gemäss Anhang 5 des Angebots der Zuschlagsempfängerin entspricht (vgl. das Preisblatt der Zuschlagsempfängerin, Kategorie "Gehälter" [S. 35 und 36 des Angebots der Zuschlagsempfängerin, Beilage 10 der Vergabestelle] und Anhang 5 des Angebots der Zuschlagsempfängerin, Beilage 12 der Vergabestelle), da neben dem Gesamtprojektverantwortlichen eine Mitarbeiterin als "Projektleiterin" bezeichnet wird. Immerhin kann aber davon ausgegangen werden, dass die Kosten des Gesamtprojektverantwortlichen, wenn sie verrechnet worden wären, einen nicht unwesentlichen Teil an den Gesamtkosten ausmachen würden. Jedenfalls in Bezug auf den Aufwand des Gesamtprojektverantwortlichen ist damit festzustellen, dass die Zuschlagsempfängerin nicht kostendeckend verrechnet hat.

**6.4** Sekretariatskosten werden nach den Angaben der Zuschlagsempfängerin keine ausgewiesen, da diese in den Overhead-Kosten für das IPMZ und die Universität Zürich inkludiert sind (vgl. S. 34 des Angebots der Zuschlagsempfängerin, Beilage 10 der Vergabestelle). Ob der Overhead (5% für das IPMZ und 10% für die Universität) wie die Beschwerdeführerin vorbringt unrealistisch und nicht kostendeckend ist, kann jedoch mit Blick auf die nachfolgenden Ausführungen offen bleiben.

**6.5** Nach dem Gesagten besteht bereits aufgrund der Nichtberücksichtigung des Aufwands des Gesamtprojektverantwortlichen im Rahmen der Offertkalkulation zumindest ein begründeter Verdacht, dass die Zuschlagsempfängerin nicht kostendeckend offeriert hat. Folgerichtig sind auch keine Angaben zu seinem Stundenansatz gemacht worden. Demnach hätte die Vergabestelle im vorliegenden Fall Anlass gehabt, die Kalkulation der Universität Zürich genauer zu prüfen. Daran ändert auch das Vorbringen der Vergabestelle nichts, dass sich die Preiskalkulation insgesamt im Rahmen früherer vergleichbarer Studien bewegt. Die Beschwerdeführerin erklärt im Übrigen auch in nachvollziehbarer Weise, dass ihr Angebot aufgrund einer technologiebasierten und damit günstigeren Methodik nur 3 Prozent teuer als dasjenige der Zuschlagsempfängerin ist (Beschwerde, S. 18; vgl. auch E. 2.1 hiervor); dies wird von der Vergabestelle auch nicht bestritten. Ergibt sich aus der Offerte wie vorliegend in offensichtlicher Weise, dass in nicht zu vernachlässigendem Umfang Leistungen nicht berechnet worden sind, kann der Vergabestelle nicht gefolgt werden, wenn sie ausführt, sie habe keinen Anlass zur Prüfung gehabt, da das Angebot der Zuschlagsempfängerin nur 3 Prozent billiger gewesen sei als jenes der Beschwerdeführerin. Damit kann offen bleiben, inwieweit der Vergabestelle zu folgen ist, wenn sie sich auf den Standpunkt stellt, es sei generell nur der Preisvergleich für die Frage nach einem ungewöhnlich niedrigen Preis massgeblich. Indessen sei darauf hingewiesen, dass je nach Umständen allenfalls auch Qualitätsaspekte eine Rolle spielen können. In diesem Sinne macht die Beschwerdeführerin – ohne dass ihr widersprochen worden wäre – geltend, die Methodik der Zuschlagsempfängerin sei viel personalaufwändiger als die technologiebasierte Methodik der Beschwerdeführerin. Wird eine aufwändigere (und damit im Zweifel qualitativ ansprechendere) Methode zum Preis einer deutlich weniger aufwändigen Methode angeboten, ist darin allenfalls in gleicher Weise ein Indiz für ein Unterangebot zu sehen, wie wenn die gleiche Qualität zu einem wesentlich tieferen Preis angeboten wird. Dieser Schluss ist für das schweizerische Vergaberecht besonders erwägenswert, da gemäss Art. 21 BöB ebenso wie nach dem (inter)kantonalen Recht in der Regel nicht der billigste Preis, sondern das beste Preis-Leistungs-Verhältnis ermittelt werden soll (BGE 138 I 143 E. 4.2; PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013, S. 258 f.; STEINER, a.a.O., S. 165 ff.). Inwieweit vorliegend seitens der Zuschlagsempfängerin tatsächlich bessere Qualität angeboten wird, kann indessen offen gelassen werden. Fest steht jedenfalls, dass die geringe Preisdifferenz mit Blick auf die leicht festzustellende Nichteinrech-

nung des Aufwandes des Gesamtprojektverantwortlichen der Vergabestelle nicht dazu dienen kann, den Verzicht auf weitere Abklärungen in Bezug auf die Kalkulation der Universität Zürich zu begründen.

## 7.

**7.1** Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vergabestelle entgegen ihrer eigenen Ansicht verpflichtet gewesen wäre, das Angebot der Zuschlagsempfängerin in Bezug auf dessen Kalkulation zu untersuchen, gegebenenfalls weitere Erkundigungen einzuziehen, und für den Fall, dass diese Prüfung ein auch insgesamt nicht kostendeckendes Angebot ergeben hätte – einen Ausschluss der Anbieterin im Sinne von Art. 11 BöB mit Blick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Konkurrierenden (E. 4.8 hiavor) zu prüfen. Damit erweist sich die Beschwerde als begründet. Demnach wäre grundsätzlich nicht näher auf die Frage einzugehen, inwiefern die Vergabestelle unter "Abdeckung des Online-Angebots aller vier Unternehmens-einheiten" in Bezug auf die Referenzobjekte einen Gesichtspunkt geprüft und bewertet hat, der so aus den Ausschreibungsunterlagen nicht hervorgegangen ist, wie die Beschwerdeführerin geltend macht. Indessen ist aus prozessökonomischen Gründen im Sinne der umfassenden Beurteilung des Falles dazu einerseits festzuhalten, dass das strittige Erfordernis aus den Ausschreibungsunterlagen entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin erkennbar war. Andererseits wird mit diesem Erfordernis zwar zugegebenermassen der Anbietermarkt entscheidend eingeschränkt, dies jedoch gestützt auf ein gewichtiges Interesse an der qualitativ hochstehenden Abdeckung der verschiedenen Sprachgebiete. Damit wird das der Vergabestelle diesbezüglich zustehende Ermessen (Art. 31 BöB) nicht gesprengt (vgl. Urteil des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2). Demnach ist auch nicht zu beanstanden, dass der Beschwerdeführerin unter diesem Kriterium 400 (von insgesamt 10'000) Punkten abgezogen worden ist. Offen bleiben kann demgegenüber die Frage, inwieweit in der die Missachtung der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Vorgaben zur Gleichbehandlung der Konkurrierenden zugleich ein Verstoss gegen Art. 2 UWG durch Rechtsbruch zu sehen ist (vgl. E. 4.2 hiavor), da sich das Ziel der Verhinderung von Quersubventionierung auch direkt aus dem Verfassungsrecht des Bundes und den Zielen des Vergaberechts ergibt (E. 4.8 hiavor).

**7.2** Während die Beschwerdeinstanz nach Art. 61 Abs. 1 VwVG nur ausnahmsweise nicht in der Sache selbst entscheidet, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht nach der lex specialis von Art. 32 Abs. 1 BöB in der

Sache selbst oder weist diese mit verbindlichen Weisungen an die Auftraggeberin zurück (Urteil des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 6; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1395). Da die Vergabestelle jedenfalls Erkundigungen einzuholen und somit eine Handlung nachzuholen hat, fällt eine direkte Erteilung des Zuschlags durch das Gericht ausser Betracht (vgl. hierzu die Urteile des BVGer B-738/2012 vom 24. Oktober 2012 E. 2.2 und B-7571/2009 vom 20. April 2011 E. 9.2 mit Hinweisen). Damit ist die Beschwerde im Hauptantrag abzuweisen, wogegen dem Eventualantrag auf Rückweisung stattzugeben ist. Demnach ist die angefochtene Zuschlagsverfügung aufzuheben und die Sache im Sinne von Art. 32 Abs. 1 BöB an die Vergabestelle zurückzuweisen, damit diese die Kalkulation der Zuschlagsempfängerin überprüft. Allenfalls ist gestützt auf diese Abklärungen ein Ausschluss der Zuschlagsempfängerin in Erwägung zu ziehen.

## 8.

**8.1** Zum Verfahrensausgang ist zunächst festzustellen, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Hauptantrag auf direkte Erteilung des Zuschlags an sie unterliegt. Hingegen wird ihrem Antrag auf Rückweisung entsprochen. Da der beschwerdeführerische Antrag auf Rückweisung mit dem Hinweis, dass der Zuschlag auf jeden Fall gestützt auf Art. 11 BöB zu widerrufen ist (Beschwerde, S. 26), wesentlich enger ist als die mit vorliegendem Urteil beschlossene Rückweisung, obsiegt die Beschwerdeführerin insgesamt nicht vollständig, sondern zu drei Vierteln, weshalb ihr in reduziertem Umfang Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der von ihr zu tragende Verfahrenskostenanteil in Höhe von Fr. 1'000.- ist dem geleisteten Kostenvorschuss zu entnehmen. Der Vergabestelle können als Bundesamt keine Verfahrenskosten auferlegt werden (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die Zuschlagsempfängerin hat sich in Bezug auf das Hauptverfahren nicht als Beschwerdegegnerin konstituiert, weshalb ihr insoweit ebenfalls keine Verfahrenskosten auferlegt werden können. Das gilt aber nicht in Bezug auf die Zwischenverfügungen betreffend Akteneinsicht und Publikation. Namentlich betreffend die Publikation der Zwischenverfügungen zur aufschiebenden Wirkung und zur Akteneinsicht hat die Zuschlagsempfängerin Anträge gestellt, welche die Vergabestelle nicht gestellt hat, und insoweit Parteistellung beansprucht. Damit sind ihr diesbezüglich Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 1'000.- aufzuerlegen.

**8.2** Eine ganz oder teilweise obsiegende Partei hat Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (vgl. Art. 8 VGKE).

**8.2.1** Die Beschwerdeführerin hat mit Eingabe vom 8. Januar 2016 verschiedene Kostennoten eingereicht und macht ausgehend von einem Zeitaufwand von 97.3 Stunden, wovon 12 Stunden mit einem Stundenansatz von Fr. 400.- und 85.3 Stunden mit Fr. 300.- gerechnet worden sind, eine Parteientschädigung von Fr. 33'805.80 geltend. Die Beschwerdeführerin führt aus, dass der Aufwand aufgrund von zwei Besonderheiten – der Anträge der Zuschlagsempfängerin betreffend Publikation verschiedener Entscheide und die Verweigerung der Zuschlagsempfängerin in die Einsicht der Kostenberechnung – relativ hoch gewesen sei.

**8.2.2** Die Vergabestelle beantragt mit Eingabe vom 19. Januar 2016, dass, für den Fall einer Gutheissung der Beschwerde, die eingereichten Kostennoten angemessen zu reduzieren seien. Die Vergabestelle habe sich an den Auseinandersetzungen zwischen der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin betreffend Publikation und Akteneinsicht nicht beteiligt.

**8.2.3** Die Zuschlagsempfängerin bringt mit Eingabe vom 19. Januar 2016 vor, dass ihr keine Parteientschädigung auferlegt werden könne, da sie als Zuschlagsempfängerin nicht Partei des vorliegenden Verfahrens sei. Sie habe keine Anträge gestellt, sondern lediglich auf Aufforderung des Gerichts zur Publikation und zur Akteneinsicht Stellungnahmen eingereicht. In Bezug auf die Akteneinsicht führt sie weiter aus, dass sie nicht die Einsichtnahme in die Akten verweigern wollte, sondern lediglich ihr rechtlich geschütztes Geheimhaltungsinteresse geltend gemacht und kooperativ die Einsicht in die Akten ermöglicht habe.

**8.2.4** Der Maximalansatz von Fr. 400.- pro Stunde (vgl. Art. 10 Abs. 2 VGKE) kommt in Vergabesachen nur bei besonders komplexen Fällen in Betracht (vgl. Urteile des BVGer B-738/2012 vom 24. Oktober 2012 E. 6.3 und B-6177/2008 vom 13. Februar 2009 E. 11.4). Im vorliegenden Fall besteht kein Anlass, über den nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts für das Vergaberecht geltenden Regelstundenansatz von Fr. 350.-

hinauszuweichen. Indessen ist zu berücksichtigen, dass der überwiegende Teil des Zeitaufwands zu einem Stundenansatz von Fr. 300.- berechnet worden ist, weshalb der geltend gemachte Stundenansatz von Fr. 400.- für 12 Stunden nicht zu beanstanden ist.

**8.2.5** Die obsiegende Partei hat Anspruch auf Entschädigung der notwendigen Kosten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass neben dem Zwischenentscheid zur aufschiebenden Wirkung und einer Akteneinsichtsverfügung auch Anordnungen betreffend die Publikation dieser Zwischenentscheide zu treffen waren. Indessen hat die Beschwerdeführerin teilweise unaufgefordert Stellungnahmen eingereicht, welche nicht notwendig gewesen sind. Namentlich wurde der Antrag vom 7. August 2015, wonach die Zuschlagsempfängerin anzuzeigen habe, ob sie gegen die Zwischenverfügung vom 31. Juli 2015 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhebt, mit Verfügung vom 10. August 2015 abgewiesen. Diese Eingabe war für das Verfahren nicht notwendig. Auch die Stellungnahmen zur Akteneinsicht vom 13. August 2015 und vom 1. September 2015 erfolgten unaufgefordert und haben nichts zum Ausgang des Zwischenverfahrens betreffend die Akteneinsicht beigetragen. Diesbezüglich ist ein Abzug vorzunehmen. Mit Blick auf die von der Beschwerdeführerin am 8. Januar 2016 eingereichte detaillierte Kostenaufstellung betreffend den Zeitraum vom 1. Juli 2015 bis 30. September 2015 ist der Beschwerdeführerin die Parteientschädigung in der Höhe von fünf Stunden à Fr. 300.- pro Stunde (Fr. 1'500.-) zu kürzen. Das Total des Honorars für diesen Zeitraum (Fr. 11'710.-) und der Auslagen (Fr. 351.30) inkl. MwSt. (Fr. 964.90) beläuft sich damit auf Fr. 13'026.20. Zusammenfassend wird die Höhe der zu verlegenden Parteikosten auf Fr. 32'137.20 festgesetzt. Die Vergabestelle hat auch soweit sie obsiegt keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

**8.2.6** Die Zuschlagsempfängerin hat mit Eingabe vom 30. Juli 2015 bzw. vom 11. September 2015 den Antrag auf Verzicht der Publikation bzw. Anonymisierung des Zwischenentscheids vom 13. Juli 2015 bzw. der Zwischenverfügung vom 3. September 2015 gestellt. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass der Instruktionsrichter der Zuschlagsempfängerin lediglich Gelegenheit gegeben hat, sich zur Publikation der genannten Entscheide zu äussern. Mit Zwischenverfügungen vom 31. Juli 2015 bzw. vom 2. Oktober 2015 wurden die Anträge der Zuschlagsempfängerin abgewiesen. Ausserdem hat die Zuschlagsempfängerin in Bezug auf die Akteneinsicht in die sie betreffenden Offertunterlagen Anträge gestellt, welche teilweise abgewiesen worden sind (vgl. Zwischenverfügung vom 3. September 2015). Mit den genannten Anträgen hat sich die Zuschlagsempfängerin

betreffend die Publikation der Entscheide und in Bezug auf die Akteneinsicht am Verfahren beteiligt und hat die entsprechenden Kosten zu tragen (vgl. Art. 64 VwVG). Der der Beschwerdeführerin entstandene Aufwand ist demnach insoweit von der Zuschlagsempfängerin zu tragen. Bezugnehmend auf die Kostenaufstellung der Beschwerdeführerin für den Zeitraum vom 1. Juli 2015 bis 30. September 2015 betrug der durch die Zuschlagsempfängerin verursachte Kostenaufwand in etwa 10 Stunden (1 Stunde zu einem Stundenaufwand von Fr. 400.- und 9 Stunden zu Fr. 300.-). Da das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin nur teilweise gutgeheissen worden ist, hat die Zuschlagsempfängerin für den Aufwand von 8 Stunden (0.8 Stunden zu einem Stundenaufwand von Fr. 400.- und 7.2 Stunden zu Fr. 300.- ergibt Fr. 2'480.-) aufzukommen. Die von der Zuschlagsempfängerin zu zahlende Parteientschädigung beläuft sich somit auf Fr. 2'758.80 (Honorar [Fr. 2'480.-] inkl. Kleinspesenpauschale [Fr. 74.40] und MwSt. [Fr. 204.40]). Der Antrag der Zuschlagsempfängerin vom 23. September 2015 betreffend die Publikation der Zwischenverfügung vom 31. Juli 2015 wurde mit Verfügung vom 5. Oktober 2015 gutgeheissen, weshalb die Zuschlagsempfängerin diesbezüglich keine Kosten zu tragen hat.

**8.2.7** Um den zwischen Beschwerdeführerin und Vergabestelle zu verlegenden Kostenanteil zu bestimmen, ist der von der Zuschlagsempfängerin zu tragende Anteil von den Gesamtkosten abzuziehen, was Fr. 29'378.40 (inkl. MwSt.) ergibt. Diese Kosten wiederum sind analog zu den Verfahrenskosten zu drei Vierteln der Vergabestelle aufzuerlegen, womit sie Parteikosten der Gegenseite in Höhe von Fr. 22'033.80 (inkl. MwSt.) zu tragen hat.

**8.2.8** Zusammenfassend hat die Vergabestelle der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 22'033.80 (inkl. MwSt.) zu entrichten. Die von der Zuschlagsempfängerin zu tragende Parteientschädigung zugunsten der Beschwerdeführerin beläuft sich auf Fr. 2'758.80 (inkl. MwSt.).

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

### **1.**

**1.1** Die Beschwerde wird im Sinne des Eventualbegehrens der Beschwerdeführerin gutgeheissen.

**1.2** Die angefochtene Zuschlagsverfügung wird aufgehoben und die Sache wird an die Vergabestelle zurückgewiesen, damit sie im Sinne der Erwägungen prüfe, ob die Zuschlagsempfängerin wegen Verletzung von vergaberechtlichen Grundsätzen auszuschliessen ist.

### **2.**

**2.1** Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'000.- auferlegt. Dieser Betrag wird dem von der Beschwerdeführerin einbezahlten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- entnommen. Der Restbetrag von Fr. 4'000.- wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**2.2** Die Zuschlagsempfängerin hat Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'000.- zu tragen. Dieser Betrag ist dem Gericht innert 30 Tagen nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu überweisen.

**2.3** Der Vergabestelle werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

### **3.**

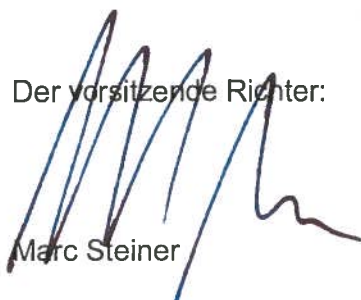
**3.1** Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung von Fr. 22'033.80 zu Lasten der Vergabestelle und von Fr. 2'758.80 zu Lasten der Zuschlagsempfängerin zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreterin; Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 122001; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Beilage: Einzahlungsschein)

Der vorsitzende Richter:



Marc Steiner

Die Gerichtsschreiberin:



Beatrice Badilatti

**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 Rechtschrift 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: 23. Mai 2016, vorab in elektronischer Form