



## **Urteil vom 11. Februar 2022**

---

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),  
Richter Pascal Richard, Richterin Eva Schneeberger,  
Gerichtsschreiber Cyrill Schäke.

---

Parteien

**cognita AG**  
General Wille-Strasse 59, 8706 Meilen,  
vertreten durch Rechtsanwalt Severin Pflüger,  
Zürcher Rechtsanwälte,  
Löwenstrasse 61, Postfach, 8021 Zürich 1,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Rat der Eidgenössischen Technischen  
Hochschulen ETH-Rat,**  
Haldeliweg 15, 8092 Zürich ETH-Zentrum,  
vertreten durch Rechtsanwältinnen  
Julia Bhend und/oder Claudia Marti, Probst Partner AG,  
Bahnhofplatz 18, 8401 Winterthur,  
Vergabestelle.

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen – Zuschlag betreffend das  
Projekt "Mediamonitoring des ETH-Bereichs",  
(SIMAP-Meldungsnummer 1122237; Projekt-ID 196126).

**Sachverhalt:****A.**

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

**B.**

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

**C.**

Mit Eingabe vom 20. Dezember 2019 erhob die cognita AG Beschwerde gegen die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen. Mit Zwischenverfügung B-6812/2019 vom 13. Januar 2020 wurde das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. um Erlass vorsorglicher Massnahmen wegen prima facie verpasster Beschwerdefrist bzw. fehlendem Anfechtungsobjekt abgewiesen. Am 28. Januar 2020 wurde dieses Beschwerdeverfahren als zufolge Rückzugs erledigt abgeschlossen.

**D.**

Innert der gesetzten Frist bis zum 6. Januar 2020 zur Einreichung der Angebote gingen zwei Offerten bei der Vergabestelle ein, worunter diejenige der cognita AG. Am 28. Februar 2020 publizierte die Vergabestelle den Zuschlagsentscheid vom 25. Februar 2020 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer 1122237; Projekt-ID 196126) unter Bekanntgabe der Y. \_\_\_\_\_ AG, (Sitz des Unternehmens), als Zuschlagsempfängerin (nachfolgend: Zuschlagsempfängerin).

**E.**

**E.a** Mit Eingabe vom 19. März 2020 gelangte die cognita AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, es sei der Zuschlag gemäss Publikation vom 28. Februar 2020 aufzuheben. Die Vergabestelle sei anzuweisen, das Vergabeverfahren gestützt auf die in der Ausschreibung bekannt gegebenen Kriterien erneut durchzuführen und das Angebot der Beschwerdeführerin bei der Vergabe zu berücksichtigen bzw. es sei das Vergabeverfahren neu durchzuführen und den Anbietenden die Gelegenheit zu geben, neue Angebote einzureichen. Eventualiter sei festzustellen, dass die Zuschlagsverfügung der Vergabestelle vom 28. Februar 2020 rechtswidrig ist. Ausserdem enthält die Beschwerde einen Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung, ein Begehren um Aktenbeizug sowie Ergänzung der Beschwerde nach Aktenbeizug. Die Anträge stellt die Beschwerdeführerin unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Die Beschwerdeführerin führt insbesondere aus, es liege eine Verletzung des Transparenzgebotes vor, weil ihr trotz expliziter Nachfrage keine vollständige Medienbeobachtungsliste herausgegeben worden sei bzw. die bisherige Anbieterin einen Wettbewerbsvorteil aus diesem Umstand gezogen habe. Die Vergabestelle verlange in der technischen Spezifikation TS21, dass das angebotene Mediamonitoring eine auf die Bedürfnisse des ETH-Rats und die sechs Institutionen des ETH-Bereichs angepasste Medienbeobachtungsliste abdecken müsse (Beschwerde, Rz. 40). Eine Auflistung der zu beobachtenden Medien fehle aber bezüglich der Printmedien, TV- oder auch Radiomedien. Zudem seien drei verschiedene Medienportfolios anzugeben, die als Grundlage der Bewertung anhand der ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio", ZK 1.2.3 "Social-Media-Beobachtungsportfolio" und ZK 1.2.4 "Beobachtungsportfolio internationale Medien" dienen. Die in Bezug auf diese drei Medienbeobachtungsportfolios seitens der Vergabestelle gemachten Angaben seien zu wenig präzise. Werde der Kreis der vorgeschlagenen Medienquellen zu weit gezogen, werde die Anzahl der gefundenen Artikel hoch und die Dienstleistung entsprechend zu teuer. Werde der Kreis eng gezogen, so werde das Ergebnis unvollständig und könne den Bedürfnissen der Vergabestelle nicht gerecht werden. Eine faire Ausschreibung sei erst gegeben, wenn die Vergabestelle darlegen würde, welche Medien sie überwacht haben wolle. Für die Erstellung der verlangten Medienportfolios erweise sich demnach das Wissen über die für den Auftraggeber und seine Standorte relevanten Medien,

für ihn relevanten Blogs, seine wissenschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen und relevanten wissenschaftsnahen Industrie-Branchen und Berufsfelder als entscheidender und grosser Vorteil. Über das entsprechende Wissen verfüge der bestehende Anbieter dank seiner langjährigen Zusammenarbeit mit dem Auftraggeber (Beschwerde, Rz. 35 ff., Rz. 44 ff.).

**E.b** Die Vergabestelle habe ferner im Anhang 4 des Pflichtenhefts das Bewertungsraster für das zentrale ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" bekanntgegeben und sich zu dessen Einhaltung verpflichtet, wobei die Beschwerdeführerin auf die Beurteilung des ZK 1.2.2 hinweist, wonach die Zuteilung der zu vergebenden 1'000 Punkte zu 100 Prozent der Punkte, 0 Prozent der Punkte und lineare Interpolation zwischen 100 und 0 Prozent der Punkte erfolgt, je nachdem, welche Anzahl angebotene Medien die spezifischen Bedürfnisse des ETH-Rats und der sechs Institutionen des ETH-Bereichs abdecken. Die Vergabestelle habe eine zweistufige Taxonomie angewendet, wobei die Zuschlagsempfängerin 1'000 Punkte und die Beschwerdeführerin keine Punkte erhalten habe. Bei diesem für die Auftragsausführung zentralen Qualitätskriterium habe sie somit die Qualität der beiden Anbieter (meint: in Bezug auf die Relevanz des Monitoring-Angebots) als gleichwertig eingestuft und sich als Proxy für die Bewertung der Qualität und die Relevanz des Monitoring-Angebots auf die Anzahl der angegebenen Quellen gestützt. Die Beschwerdeführerin habe anstatt 2'499 Quellen 299 Quellen weniger und damit 2'200 Quellen als Mediensample angegeben. Diese binäre Bewertungstaxonomie, welche keinerlei Bezug zur Relevanz der angebotenen Quellen herstelle und damit als Qualitätskriterium gänzlich ungeeignet sei, missachte, dass nach Art. 21 aBöB das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalten solle (Beschwerde, Rz. 61 ff.). Die angewandte Taxonomie widerspreche ausserdem dem im Vergabeverfahren bekanntgegebenen Sinn und Zweck der Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio". Die vorgesehene lineare Interpolation komme erst bei einer Mindestanzahl von drei Anbietern zum Tragen (Beschwerde, Rz. 63, Rz. 79 ff.).

## **F.**

Mit superprovisorischer Anordnung vom 20. März 2020 untersagte der Instruktionsrichter bis zum Entscheid über den Antrag betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin. Ausserdem wurde die Vergabestelle ersucht, bis zum 20. April 2020 die vollständigen Akten be-

treffend das in Frage stehende Vergabeverfahren einzureichen und innerhalb der gleichen Frist zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin, namentlich zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung, Stellung zu nehmen. Der Zuschlagsempfängerin wurde mit Hinweis auf die Kostenfolgen freigestellt, ebenfalls eine Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen einzureichen. Die Beschwerdeführerin wurde aufgefordert, innert der gleichen Frist einen Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten zu leisten.

#### **G.**

Die Zuschlagsempfängerin hat darauf verzichtet, sich als Partei am vorliegenden Verfahren zu beteiligen.

#### **H.**

**H.a** Mit Eingabe vom 15. April 2020 erstattete die Vergabestelle ihre Vernehmlassung zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin. Sie stellt das Rechtsbegehren, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit auf diese eingetreten werden kann. Zudem wurde beantragt, das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen und eventualiter sei der Vergabestelle zu erlauben, bis zur Aufhebung der aufschiebenden Wirkung bzw. bis zu einem rechtskräftigen Entscheid in der Sache die mit dem Projekt ausgeschriebene Leistung bei der Zuschlagsempfängerin zu beziehen.

**H.b** Die Vergabestelle führt zur Begründung namentlich aus, der Antrag der Beschwerdeführerin, der Zuschlag sei aufzuheben und das Vergabeverfahren gestützt auf die in der Ausschreibung bekannt gegebenen Kriterien erneut durchzuführen, laufe auf eine nachträgliche Verbesserung des Angebots hinaus, was aber nur bei Verhandlungen gemäss Art. 20 aBöB vorgesehen sei (Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 24 ff.).

**H.c** Die Rüge der Beschwerdeführerin, die verlangten Leistungen seien nicht genügend spezifiziert und die Vergabestelle hätte die zu beobachtenden Medien der Ausschreibung beilegen müssen, sei verspätet. Die Ausschreibungsunterlagen seien den Anbieterinnen mit der SIMAP-Publikation verfügbar gewesen (Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 27 ff.).

**H.d** Sie bringt weiter vor, das Pflichtenheft habe eine Tabelle mit den Angaben zu den gewünschten Arten Mediensample und deren Ausrichtung

enthalten, und dem Pflichtenheft sei in Anhang 7 eine Liste der Social Media Kanäle und der internationalen Medien angefügt worden, die von den Anbietern nach TS22 und TS23 als Mindestvorgabe abgedeckt werden mussten. Ferner liste Anhang 9 des Pflichtenhefts die Details zum Suchmuster des ETH-Bereichs und zu den aktuellen Suchkriterien des ETH-Rats bzw. der ETH Institutionen im ETH-Bereich auf (Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 31 ff.). Eine Medienliste der Schweizer Print-, Online- und RTV-Medien sei an keiner Stelle erwähnt und auch bewusst nicht in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommen worden. Die Schweiz sei ein kleines Land mit überschaubarer Medienlandschaft, die sich in ständigem Wandel befinde. Die Vergabestelle erwarte, dass die Anbieterin alle Medien der grossen Verlage standardmässig beobachte. Die Anbieter und ihre Angebote würden sich unter anderem darin unterscheiden, welche Medien sie beobachteten, wie sie recherchieren und wie sie die Treffer bereitstellen. Für die Vergabestelle wäre es ausserdem kaum möglich, eine geeignete aktuelle Medienbeobachtungsliste zusammenzustellen, da ihr die nötigen Marktkenntnisse fehlen (Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 34 ff.).

## **H.e**

**H.e.a** Zur Bewertung der Angebote nach ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" hält die Vergabestelle fest, die Zuschlagskriterien, deren Gewichtung und Bewertung seien in den Ausschreibungsunterlagen detailliert und abschliessend dargelegt worden. Es sei allen Anbietern bekanntgegeben worden, dass die quantitativ grösste Anzahl relevanter Medien ausschlaggebend bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" sein werde. Die Beschwerdeführerin sei durch die Vergabestelle nicht im Glauben gelassen worden, dass die Anzahl der abgedeckten Quellen nicht von Belang sei (Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 40 ff.). Die Relevanz der angebotenen Medien sei für die Vergabestelle zudem nicht ohne Bedeutung gewesen. Da beide Anbieter nach Einschätzung der Vergabestelle eine Medienbeobachtungsliste angeboten hätten, welche die Bedürfnisse des ETH-Rats sowie der sechs Institutionen des ETH-Bereichs abdecken, sei aber die Quantität der Medien entscheidend gewesen (Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 47 f.). Die in der Ausschreibung in Anhang A4 bekanntgegebene Taxonomie sei bei der Bewertung von ZK 1.2.2 korrekt angewandt worden, weil an den Anbieter mit der grössten Anzahl relevanter Medien 1'000 Punkte und den anderen Anbieter 0 Punkte erteilt worden seien. Da es sich

um ein zentrales Kriterium handle, sollte sich die Bewertung der verschiedenen Angebote auch deutlich unterscheiden (Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 49 f.).

## **I.**

**I.a** Die Beschwerdeführerin reichte mit Eingabe vom 27. April 2020 ihre Replik zur aufschiebenden Wirkung ein. Sie stellte mit ihrer Eingabe in Übereinstimmung mit der Vergabestelle den Verfahrens Antrag, es sei dieser zu gestatten, die Leistungen für die Medienbeobachtung einstweilen bei der bisherigen Anbieterin zu beziehen.

**I.b** Die Beschwerdeführerin repliziert, sie beantrage aufgrund der schwerwiegenden Mängel im Vergabeverfahren, dass die Anbieter neue Angebote einreichen können, wobei es nicht zwingend erforderlich sei, dass die Vergabekriterien gleichbleiben (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 2).

**I.c** Die Rügen der Beschwerdeführerin seien rechtzeitig erhoben worden. Da die Rügen im vorliegenden Fall die von der Vergabestelle festgelegten Eignungskriterien nicht betreffen, könne ausgeschlossen werden, dass die Rügen der Beschwerdeführerin betreffend die Evaluation der Zuschlagskriterien aufgrund der gemäss Art. 29 aBöB selbständig anfechtbaren Ausschreibung verwirkt seien (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 10 f.). Von der Ausschreibung seien die Ausschreibungsunterlagen gemäss Art. 17 aVöB zu unterscheiden, die eine umfassendere Beschreibung des Angebots enthielten. Im öffentlichen Beschaffungswesen sei vorzuziehen, dass eine Unregelmässigkeit im Vergabeverfahren so früh als möglich korrigiert werde. Dies gelte jedoch nur dann, wenn man einer Anbieterin vorwerfen könne, dass sie aufgrund der Umstände die Unregelmässigkeit im Beschaffungsverfahren mindestens hätte erkennen müssen (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 13 f.). Die Beschwerdeführerin habe sich darauf verlassen, dass die zentralen Zuschlagskriterien, worunter insbesondere das ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio", so wie von der Vergabestelle kommuniziert, bewertet und taxiert werden. Sie habe erst bei der mündlichen Begründung des Zuschlags erkennen können, dass die Relevanz der angebotenen Quellen nicht bewertet worden sei (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 15).

## **J.**

Mit Verfügung vom 28. April 2020 wurde die Replik der Beschwerdeführerin

zur aufschiebenden Wirkung der Vergabestelle zugestellt und der Schriftenwechsel zur aufschiebenden Wirkung geschlossen.

## **K.**

**K.a** Mit Zwischenentscheid vom 11. Juni 2020 wurde einerseits der Beschwerde (im Wesentlichen) die aufschiebende Wirkung erteilt und der Vergabestelle andererseits gestattet, für die Dauer des vorliegenden Verfahrens die streitgegenständliche Dienstleistung (weiterhin) bei der Zuschlagsempfängerin zu beziehen. Das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin wurde einstweilen abgewiesen, soweit diesem nicht bereits im Rahmen der Instruktion entsprochen worden war.

**K.b** Der Entscheid wurde insbesondere damit begründet, dass die Beschwerdeführerin unter anderem die Anpassung der Ausschreibungsunterlagen und in der Folge die Gelegenheit für alle Anbieter, neue Offerten einzureichen, erstreiten wolle. Damit sei nicht davon auszugehen, dass auf die Beschwerde aller Wahrscheinlichkeit nach mangels Legitimation nicht eingetreten werde.

**K.c** Die gegen die Ausschreibungsunterlagen gerichteten Rügen sei jedenfalls nicht offensichtlich verspätet, weil sowohl das verlangte Mediensample zu den nationalen Medien als auch der Nachtrag vom 17. Dezember 2019, welcher eine Liste von Social-Media-Kanälen und der internationalen Medien enthalte, prima facie nur als Teil eines Pflichtenhefts und damit als Teil der Ausschreibungsunterlagen verstanden werden könne. Die Ausschreibungsunterlagen würden durch die Mitbeurteilung der Mängel derselben im Rahmen der Anfechtung der Ausschreibung oder des Zuschlags nicht zum selbständigen Anfechtungsobjekt. Soweit die Vergabestelle einen Verstoß gegen Treu und Glauben rüge, sei jedenfalls unbestritten, dass die Beschwerdeführerin "zur Transparenz die aktuell beobachteten Mediensample je ETH-Institut zur Verfügung" gestellt haben wollte. Ausserdem ergebe sich aus der von der Vergabestelle gewählten Beschreibung, was erfüllt sein müsse, um das Punktemaximum zu erreichen, nicht ohne Weiteres, dass nur die Anzahl der offerierten Medientitel bewertet werde. Damit erweise sich auch diese Rüge als nicht aller Wahrscheinlichkeit nach verspätet.

**K.d** Materiell sei zwar prima facie davon auszugehen, dass die vorliegend nachgefragte Medienbeobachtung rechtskonform in einer Weise ausgeschrieben werden dürfe, die funktionale Elemente enthält. Die Listen der

zu beobachtenden Quellen bzw. "Mediensamples" seien Gegenstand sowohl von technischen Spezifikationen als auch der Bewertung anhand von Zuschlagskriterien. Die insbesondere im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots massgebenden "Bedürfnisse des Auftraggebers" seien in den Ausschreibungsunterlagen aber nicht aufgeschlüsselt. Zudem sei nicht von der Hand zu weisen, dass die bisherige Anbieterin die Bedürfnisse der Vergabestelle wohl bereits besser kenne, was mit Blick auf die Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts prima facie ebenfalls für die Formulierung gewisser Mindestangaben spreche. Die Rüge der Beschwerdeführerin, soweit sie vorbringe, dass die Ausschreibungsunterlagen keine ausreichenden Informationen enthielten, um eine qualitativ ansprechende Offerte einzureichen, erscheine nach dem Gesagten nicht offensichtlich unbegründet.

**K.e** Weiter werde aus der Tabelle betreffend das Zuschlagskriterium ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" ersichtlich, dass jedenfalls bei zwei Anbietern faktisch eine zweistufige Taxonomie angewendet worden sei. Die Zuschlagsempfängerin habe unter dem Kriterium 100 Prozent der Punkte (1'000 von insgesamt 5'000 Punkten bei optimaler Erfüllung der qualitativen Zuschlagskriterien) und die Beschwerdeführerin 0 Prozent der Punkte erhalten. Die Zuschlagsempfängerin habe insgesamt 2'499 relevante Medientitel angegeben und die Beschwerdeführerin 189 weniger, wobei sich die Parteien uneinig seien, ob Relevanz bedeute, dass und inwieweit hier über den rein quantitativen Vergleich hinaus die Einschlägigkeit der Medientitel hätte bewertet werden müssen. Nach der Logik der Taxonomie wäre die Beschwerdeführerin auch dann mit 0 Prozent der Punkte und die Zuschlagsempfängerin mit 100 Prozent der Punkte zu bewerten gewesen, wenn diese nur einen einzigen relevanten Titel weniger angegeben hätte. Darin sei möglicherweise ein Indiz zu sehen, dass die angewandte Bewertungsmethode zu einer nicht sachgerechten übersteigerten Differenzierung zwischen den Angeboten in Bezug auf die Bewertung der Qualität führt.

**L.**

**L.a** Mit Eingabe vom 6. Juli 2020 reichte die Vergabestelle ihre Vernehmlassung in der Hauptsache ein. Sie hält an ihren bisher gestellten Begehren und Anträgen fest.

**L.b** Sie führt aus, dass keine Anbieterin, auch nicht die Beschwerdeführerin, gerügt habe, dass die Bedürfnisse zu wenig umschrieben seien. Diese

seien denn auch genügend umschrieben und klar (Vernehmlassung in der Hauptsache, Rz. 13 ff.). Die Vergabestelle erwarte von einem spezialisierten Mediamonitoringanbieter, dass dieser aufgrund seiner darauf ausgerichteten Geschäftstätigkeit und der von ihm angebotenen professionellen Dienstleistungen in der Lage ist, anhand der Informationen über den Kunden, der Ausrichtung der Medien sowie der von diesen vorgegebenen Suchkriterien und -muster eine passende Medienliste zusammenzustellen (Vernehmlassung in der Hauptsache, Rz. 17 ff.). Im Rahmen der Bewertung der Offerten anhand der qualitativen Zuschlagskriterien sei die Quantität der Medien ein massgebender Faktor der Bewertung, weil dann potentiell durch die Suche mehr Treffer erfolgen würden. Ausserdem wären durch die Vorgabe einer Medienbeobachtungsliste signifikante qualitative Kriterien der Angebote der Bewertung entzogen und dem Preis der Angebote dadurch eine nicht angemessene Gewichtung gegeben worden. Auch habe die derzeitige Anbieterin durch das von der Vergabestelle gewählte Vorgehen keinen Vorteil gehabt, weil sie ebenfalls nicht einfach das bisherige Mediensample anbieten können (Vernehmlassung in der Hauptsache, Rz. 24 ff.).

**L.c** Zur Bewertung hält sie fest, es habe keine undifferenzierte, rein quantitative Bewertung der Anzahl der offerierten Medien auf den Beobachtungslisten stattgefunden. Vielmehr sei berücksichtigt worden, ob die angebotenen Medien für den ETH-Rat oder eine der sechs Institutionen des ETH-Bereichs relevant sein (könnten). Eine Abstufung nach der Qualität der relevanten Medien habe nicht stattgefunden und sei in den Ausschreibungsunterlagen auch nicht vorgesehen gewesen (Vernehmlassung in der Hauptsache, Rz. 45 ff.). Insgesamt sei ausserdem ein klarer Unterschied zwischen den beiden Angeboten festgestellt worden (Vernehmlassung in der Hauptsache, Rz. 51 ff.).

**L.d** Dass die nach ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" vorgesehene Taxonomie sich so deutlich ausgewirkt habe, sei dem von der Vergabestelle nicht vorhersehbaren Umstand geschuldet, dass nur zwei Angebote eingereicht worden seien. Es sei aber mit vier bis fünf Angeboten gerechnet worden. Dies entspreche einem Erfahrungswert der Vergabestelle. Ausserdem hätten zwanzig Firmen die Ausschreibungsunterlagen heruntergeladen (Vernehmlassung in der Hauptsache, Rz. 60 ff.).

**M.**

Mit Verfügung vom 7. Oktober 2020 entschied der Instruktionsrichter über die strittig gebliebenen Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin im Hauptverfahren. Dem Antrag der Beschwerdeführerin auf Einsicht in Vorakte 4.1 "Nachbereinigung Zuschlagsempfängerin" wurde unter Abdeckung der Schlüsselpersonen der Zuschlagsempfängerin vollständig entsprochen. Überdies wurde namentlich der Antrag der Beschwerdeführerin auf Einsicht in das von der Zuschlagsempfängerin offerierte Mediensample abgewiesen.

**N.**

**N.a** Am 9. November 2020 erstattete die Beschwerdeführerin ihre Replik in der Hauptsache und reichte eine Kostennote ein. Sie hält an ihren mit Beschwerde vom 19. März 2020 gestellten Anträgen fest. Die Vergabestelle sei überdies anzuweisen, sicherzustellen, dass der Leiter des Evaluationsteams sowie das ihm unterstellte Evaluationsteam des Vergabeverfahrens Projekt-ID 196'126 während des erneuten Vergabeverfahrens in den Ausstand tritt.

**N.b** Die Beschwerdeführerin macht neu – die bereits erhobenen Rügen ergänzend – geltend, aus dem Inhalt der offengelegten Vorakte 4.1 "Nachbereinigung Zuschlagsempfängerin" erschliesse sich, dass die Vergabestelle die Zuschlagsempfängerin am 17. Februar 2020 zum EK 11 betreffend die Akzeptanz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des ETH Bereichs für Dienstleistungsaufträge sowie der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Informatikdienstleistungen kontaktiert habe. In diesem Rahmen habe die Vergabestelle die spätere Zuschlagsempfängerin ersucht, bis zum 27. Februar 2020 die durch die Vergabestelle vorgesehenen Einschränkungen zu den AGB zu akzeptieren und auf weitere Derogationen zu verzichten (Replik in der Hauptsache, Rz. 7 ff.). Im gewählten Vorgehen sei ein Verstoß gegen das Transparenzgebot und den Gleichbehandlungsgrundsatz zu sehen (Replik in der Hauptsache, Rz. 19 ff., Rz. 28). Ausserdem sei – wie auch bereits aufgrund der gerügten rein quantitativen Bewertung der Anzahl Quellen – auf Befangenheit zu schliessen (Replik in der Hauptsache, Rz. 53).

**O.**

Mit Verfügung vom 10. November 2020 stellte der Instruktionsrichter mit Hinweis auf E. 7.5.3 f. des Zwischenentscheids vom 11. Juni 2020 fest und

erwog, dass in der Hauptsache über die Ergänzung der Ausschreibungsunterlagen namentlich mit dem vollständigen Mediensample und damit darüber zu befinden sein werde, ob die Beschwerdeführerin in der Lage gewesen sei, gestützt auf die Ausschreibung und das Pflichtenheft bzw. ohne Beizug des von der Zuschlagsempfängerin offerierten Mediensamples eine konkurrenzfähige Offerte einzureichen. Hierfür könnte allenfalls branchenspezifisches Fachwissen im Sinne gutachterlicher Abklärungen notwendig sein. Demnach wurden die Beschwerdeführerin und die Vergabestelle ersucht, sich innert der für die Duplik angesetzten Frist bis zum 1. Dezember 2020 dazu zu äussern, ob prima facie ein Gutachten einzuholen sei und zugleich mögliche Experten für die Erstellung eines Gutachtens zu benennen.

**P.**

**P.a** Die Vergabestelle erstattete mit Eingabe vom 30. November 2020 ihre Duplik in der Hauptsache. Sie beantragt namentlich die Abweisung des mit Replik vom 9. November 2020 vorgebrachten Antrags der Beschwerdeführerin, wonach der Leiter des Evaluationsteams und das Evaluationsteam bei einer erneuten Vergabe in den Ausstand zu treten hätten. Ferner sei von der Einholung eines Gutachtens abzusehen. Eventualiter sei ein Gutachten einzuholen zur Frage, ob professionelle Anbieter ohne Herausgabe des bisherigen Mediensamples aus einer früheren Ausschreibung der Vergabestelle in der Lage waren, ein den Ausschreibungsunterlagen entsprechendes Angebot einzureichen. Zugleich nannte sie – ebenfalls eventualiter – mögliche Gutachter. Für den Fall der Einholung eines Gutachtens sei die Beschwerdeführerin zu verpflichten, für die Kosten des Gutachtens einen Vorschuss zu leisten. Im Übrigen hält sie an den bisher gestellten Begehren und Anträgen fest.

**P.b** Zum Ablauf der Evaluation dupliziert sie, die Nachbereinigung habe eine von der späteren Zuschlagsempfängerin gewünschte Präzisierung zu den AGB betroffen. Namentlich die in den AGB verlangte Haftung für Urheberrechtsverletzungen werde kein Anbieter übernehmen, weil die Anbieter diese Rechte nicht besitzen (Duplik in der Hauptsache, Rz. 13). Es hätte das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter verletzt und überspitzten Formalismus dargestellt, wenn die Vergabestelle die Zuschlagsempfängerin wegen Nichterfüllung des EK11 aufgrund dieser AGB-Ziffer ausgeschlossen hätte (Duplik in der Hauptsache, Rz. 15). Die Nachbereinigung durch das Evaluationsteam begründe keine Befangenheit (Duplik in der Hauptsache, Rz. 20 ff.).

**P.c** Zur Bewertung nach ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" legt sie dar, der Umstand, dass sämtliche offerierten Medien als relevant eingestuft werden konnten, belege, dass es für beide Anbieter aus der Ausschreibung und ohne Vorgabe eines Mediensamples erkennbar war, welche Medien für die Bedürfnisse der Vergabestelle relevant sind (Duplik in der Hauptsache, Rz. 23 ff.). Die Ausschreibung ohne Vorgabe eines Mediensamples entspreche dem üblichen Vorgehen bei der Vergabe eines solchen Auftrages (Duplik in der Hauptsache, Rz. 29 f.). Mit der Ausschreibung des Mediamonitorings durch die Vergabestelle solle wegen des steten Wandels der schweizerischen Medienlandschaft nicht einfach der bisherige Auftrag mit dem gleichen Mediensample erneuert werden (Duplik in der Hauptsache, Rz. 33).

**P.d** Zur Einholung eines Gutachtens wies sie darauf hin, dass ein solches von keiner Partei beantragt und damit als nötig erachtet worden sei. Ausserdem sei die ausreichende Umschreibung der Bedürfnisse nicht bestritten worden (Duplik in der Hauptsache, Rz. 37 ff.).

#### **Q.**

Die Beschwerdeführerin nahm mit Eingabe vom 1. Dezember 2020 zur Zweckmässigkeit eines Branchengutachters Stellung und brachte vor, eine nutzenstiftende Medienbeobachtung gehe zwingend von den Bedürfnissen der unterschiedlichen Institutionen aus und baue auf diesen auf. Es sei unumgänglich, sich im Beschwerdeverfahren mit den branchen- und anbieterspezifischen Bedürfnissen und der entsprechenden Ausschreibung und Aussicht auf Erfolg für das Angebot der Beschwerdeführerin auseinanderzusetzen.

#### **R.**

**R.a** Der Instruktionsrichter hielt mit Verfügung vom 2. Dezember 2020 fest und erwog, dass es im Einklang mit der Stellungnahme der Beschwerdeführerin prima facie sinnvoll erscheine, ein Gutachten einzuholen. Ein Gutachten würde sich prima facie an der Fragestellung orientieren, ob ein Anbieter aus der Branche der Medienbeobachtung allein gestützt auf die Angaben der Vergabestelle ein konkurrenzfähiges Mediensample offerieren kann.

**R.b** Mit Stellungnahme vom 7. Januar 2021 schlug die Vergabestelle und mit Stellungnahme vom 13. Januar 2021 die Beschwerdeführerin Prof. Ste-

phan Russ-Mohl, emeritierter Professor für Journalismus und Medienmanagement an der Fakultät für Kommunikationswissenschaften der Università della Svizzera italiana in Lugano und Direktor des European Journalism Observatory, als Gutachter vor.

**R.c** Mit Zwischenverfügung vom 18. Februar 2021 verfügte der Instruktionsrichter nach Anhörung der Parteien, dass im vorliegenden Verfahren ein Gutachten eingeholt werde. Der Antrag auf Erhebung eines Beweiskostenvorschusses wurde abgewiesen. Als Gutachter wurde Prof. Stephan Russ-Mohl eingesetzt. An den Gutachter wurden folgende Fragen gestellt:

1. Sind aus fachtechnischer Sicht Aussagen möglich, ob die den Anbietenden in den Ausschreibungsunterlagen (inkl. Antworten im Rahmen der Fragerunde) zur Verfügung gestellten Unterlagen hinreichend aussagekräftig sind, um es einem branchenkundigen Anbietenden zu erlauben, unter Berücksichtigung der auftraggeberseitig formulierten Bedürfnisse der verschiedenen Bedarfsträger des ETH-Bereichs ein dieses gerecht werdendes Angebot einzureichen?
2. Lässt sich aus fachtechnischer Sicht die Aussage der Vergabestelle, wonach der Schweizer Anbietermarkt in Bezug auf die Medienbeobachtung "überschaubar" ist, plausibilisieren?

**R.d** Am 2. April 2021 reichte der eingesetzte Gutachter sein Gutachten ein. Zur Gutachterfrage 1 legt er unter anderem dar, im Pflichtenheft falle auf, wie ambitioniert die "strategischen Ziele" seien, aber auch, dass diese für einen Dienstleister, der "massgeschneidert" einen Vorschlag für die Medienbeobachtung "zur gesamten für den ETH-Bereich relevanten Berichterstattung" erarbeiten soll, weiter aufgedrösel werden sollten. Aber auch die ausschreibende Instanz kenne ihre Abnehmer und Nutzer nur partiell. Das bedeute, dass Anbieter den naturwissenschaftlich-technischen Universitäts- und Forschungsbetrieb auch selbst kennen sollten und sich aufgrund des Pflichtenhefts in die spezifischen Herausforderungen hineindenken müssen (Gutachten, S. 3 f.). Es sei eine Herausforderung, sich in solch eine hochkomplexe Aufgabenstellung hineinzudenken und die letztlich doch sehr differenzierten und unterschiedlichen Bedürfnisse der beteiligten Akteure und Institutionen einzuschätzen (Gutachten, S. 4).

**R.e** Zur Gutachterfrage 2 legt er dar, qualifizierte Dienstleistungen zur Medienbeobachtung, die über blosses Clipping hinausgingen, seien nicht ganz billig und nach wie vor kein selbstverständlicher Bestandteil des Kommunikationsmanagements in Wirtschaft, Politik und Gesellschaft. Unmittelbar sichtbar seien in der Schweiz zwei Anbieter, die über die kommerziellen

Aktivitäten hinaus Daten verfügbar machen. Eine weitere Handvoll Anbieter hätten die Schweiz im Portfolio, ohne dass damit geklärt wäre, wie viele Auftraggeber sie in der Schweiz haben und welche Leistungen sie anbieten können. Es sei davon auszugehen, dass der Markteintritt in die Schweiz durch einige Besonderheiten wie Sprachregionalität auf kleinem Territorium für ausländische Mitbewerber erschwert sei (Gutachten, S. 6 f.).

## **S.**

**S.a** Am 27. April 2021 nahm die Vergabestelle zum Gutachten Stellung. Nach dem Eindruck des Gutachters in Bezug auf die Gutachterfrage 1 sei es beiden Anbieterinnen gelungen, sich anhand des Pflichtenheftes in die spezifischen Herausforderungen der Medienbeobachtung im naturwissenschaftlich-technischen Universitäts- und Forschungsbetrieb hineinzudenken (abschliessende Stellungnahme der Vergabestelle, Rz. 6 ff.).

## **T.**

**T.a** Mit Eingabe vom 28. April 2021 nahm die Beschwerdeführerin zum Gutachten und zugleich abschliessend Stellung und reichte weitere Kostennoten ein.

**T.b** Der Gutachter habe aufgezeigt, dass es für die Beschwerdeführerin verglichen mit dem bisherigen Anbieter sicherlich schwieriger gewesen sei, sich in die Medienbeobachtung hineinzudenken. In Bezug auf die Auswirkungen des fehlenden Mediensamples auf die Erfolgsaussichten sei das Gutachten zum Schluss gelangt, dass ein zweckdienliches Sample nur in enger Zusammenarbeit mit der ausschreibenden Institution und den zu berücksichtigenden Forschungsinstitutionen erstellt werden könne. Die Beschwerdeführerin sei demnach in Bezug auf die Hauptzielsetzung des Mediamonitorings, umfassend zumindest die Quellentypen Nr. 3, Nr. 4 sowie Nr. 5 abzudecken, in Unkenntnis des Mediensamples von vornherein nicht in die Lage versetzt worden, ein wettbewerbsfähiges Angebot einzureichen (abschliessende Stellungnahme der Beschwerdeführerin, Rz 19 ff.).

## **U.**

**U.a** Am 5. Mai 2021 reichte der Gutachter seine Honorarnote ein, worauf mangels Einwänden der Parteien am 18. Mai 2021 die Überweisung von Fr. 7'500.– verfügt wurde.

**U.b** Die Vergabestelle hat mit Stellungnahme vom 10. Mai 2021 ihren Verzicht auf die Stellungnahme zu den Honorarnoten der Beschwerdeführerin erklärt.

**V.**

Auf die dargestellten und weitere Vorbringen der Parteien wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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

**1.**

Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) in Kraft. Gemäss der in Art. 62 BöB enthaltenen Übergangsbestimmung werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt (vgl. Urteil des BVGer B-3156/2021 vom 29. September 2021 E. 1.2 "MÜLS Tunnel Schlund und Spier [A2 Luzern]"). Die im vorliegenden Verfahren massgebliche Ausschreibung datiert vom 22. November 2019. Damit sind grundsätzlich die in jenem Zeitraum geltenden Rechtssätze anwendbar, nämlich insbesondere das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (AS 1996 508 ff.; im Folgenden: aBöB) und die Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (AS 1996 518 ff.; im Folgenden: aVöB).

## **2.**

**2.1** Gegen Verfügungen betreffend 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 aBöB).

**2.2** 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 aBöB und das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 aBöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 aBöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

## **3.**

**3.1** Das aBöB erfasst Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, AS 1996 609 ff.]) unterstellt sind. Alle übrigen Beschaffungen sind in der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (aVöB) geregelt. Die Art. 32 ff. aVöB (im 3. Kapitel: "Übrige Beschaffungen") regeln Aufträge des Bundes, die entweder die Schwellenwerte des GPA nicht erreichen oder die durch Auftraggeber vergeben werden, die keinem der beiden internationalen Abkommen und damit auch nicht dem aBöB unterstehen (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"; Urteil des BVGer B-8141/2015 vom 30. August 2016 E. 3 "Übersetzungen ZAS"). Das aBöB ist demnach anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 aBöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 aBöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 aBöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 aBöB gegeben ist.

**3.2** Die Vergabestelle ist der ETH-Rat, dessen Emblem auch auf dem Pflichtenheft angebracht ist. Unbestritten ist, dass nach dem Pflichtenheft (Ziffer 2.2) alle Kommunikationsstellen des ETH-Bereichs das Mediamonitoring-Portal nutzen. Nach Art. 2 Bst. c aBöB unterstehen dem Beschaffungsrecht des Bundes als Auftraggeberinnen namentlich die Eidgenössischen Technischen Hochschulen und ihre Forschungsanstalten. Durch diese Bestimmung wird der Anhang 1 Annex 1 zum GPA umgesetzt, nach

welchem die «Écoles polytechniques fédérales et établissements annexes» unterstellt sind (vgl. zum Ganzen HUBERT STÖCKLI, Der subjektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, S. 41 ff., insb. S. 48). Die Unterstellung ist insofern erwähnenswert, als die ETH Zürich und die ETH Lausanne autonome öffentlichrechtliche Anstalten mit Rechtspersönlichkeit sind (BVGE 2008/61 E. 3.4 "Hörgeräte"; Urteil B-307/2016 vom 23. März 2016 E. 2.2 "Gebäudeautomation ETH"). Obwohl der ETH-Rat nicht ausdrücklich genannt wird, ist Art. 2 Bst. c aBöB so zu verstehen, dass dem aBöB der ganze ETH-Bereich untersteht, dessen strategisches Führungsorgan der ETH-Rat ist (Art. 4 des Bundesgesetzes über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen vom 4. Oktober 1994 [ETH-Gesetz; SR 141.110]). Dies muss im Übrigen ohnehin gelten für Leistungen, die – wie vorliegend – mehrheitlich von den ausdrücklich dem aBöB unterstellten Anstalten genutzt werden. Die Vergabestelle bestreitet denn auch nicht, dass sie als Auftraggeberin in den Anwendungsbereich des aBöB fällt.

**3.3** Die Vergabestelle hat die vorliegende Beschaffung als Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben (vgl. Ziffer 1.8 der Ausschreibung). Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b aBöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA. In diesem Anhang werden die unterstellten Dienstleistungen im Sinne einer Positivliste abschliessend aufgeführt (vgl. Botschaft vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde] notwendigen Rechtsanpassungen – Öffentliches Beschaffungswesen [GATT-Botschaft 2], in: BBl 1994 IV 1181; vgl. zum Ganzen den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] im Verfahren BRK 2001-009 vom 11. Oktober 2001, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.4 E. 2b/cc). Gemäss Art. 3 Abs. 1 aVöB gelten als Dienstleistungen die in Anhang 1a zur aVöB aufgeführten Leistungen. Die darin enthaltene Liste mit der Überschrift "Dem Gesetz unterstehende Dienstleistungen" entspricht derjenigen des Anhangs 1 Annex 4 GPA, indem sämtliche dort aufgeführten Dienstleistungen durch die aVöB unverändert übernommen werden. Nur für solche dem Gesetz unterstehenden Dienstleistungen steht der Rechtsweg offen (BVGE 2008/48 E. 2.1 "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI" und BVGE 2011/17 E. 5.2.1 "Personalverleih", je mit Hinweisen; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1228 mit Hinweisen). Nach Anhang 1 Annex 4 GPA ist die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen massgeblich (CPCprov; Urteil des BVGer B-1773/2006

vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3 "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"; Urteil des BVGer B-8141/2015 vom 30. August 2016 E. 3.3.4 f. "Übersetzungen ZAS"). Die Vergabestelle hat unter den Common Procurement Vocabulary-Referenznummern (CPV-Nummern) 22200000: Zeitungen, Fachzeitschriften, Periodika und Zeitschriften, 92400000: Dienstleistungen des Nachrichten- und Presseedienstes, 92510000: Dienstleistungen von Bibliotheken und Archiven, aufgeführt (vgl. Ziffer 2.5 der Ausschreibung). Diese entsprechen 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 aVöB erfasst wird. Ebenfalls unterstellt ist die Gruppe 865 ("Management consulting services"), zu welcher auch Verwaltung und Beratung im Bereich Öffentlichkeitsarbeit gehören. Demnach fällt die nachgefragte Dienstleistung in den sachlichen Anwendungsbereich des aBöB (vgl. Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise amtlich publiziert als BVGE 2017 IV/4, E. 1.6 "Publicom"; vgl. zum Ganzen MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 1050, 1059 und 1131 ff.). Davon geht im Übrigen auch die Vergabestelle aus.

**3.4** Das geschätzte Auftragsvolumen – wie mit Fr. 559'000.– auch die bezuschlagte Offerte – liegt deutlich über dem für Dienstleistungen geltenden Schwellenwert von Fr. 230'000.– gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b aBöB beziehungsweise Art. 6 Abs. 2 aBöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. b der Verordnung des Eidgenössischen Departementes für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 (AS 2019 4101).

Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 aBöB vorliegt, fällt die vorliegend angefochtene Ausschreibung in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der Streitsache zuständig.

#### **4.**

**4.1** Es ist nachfolgend auf die von der Vergabestelle aufgeworfenen Eintretensfragen einzugehen.

Die Vergabestelle bestreitet vorab ihre "Passivlegitimation". Die Beschwerdeführerin habe gegen die "Eidgenössische Technische Hochschule Zürich, vertreten durch den ETH-Rat" Beschwerde erhoben. Die Eidgenössische Technische Hochschule Zürich (ETH Zürich) sei eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit, die ihre Angelegenheiten selbständig regle und verwalte. Sie führe ihre Beschaffungen selbständig durch und werde dabei nicht vom ETH-Rat vertreten. Demgegenüber sei der ETH-Rat das strategische Führungsorgan des ETH-Bereichs, der neben seinem eigenen Stab, der Beschwerdekommision und den beiden ETH noch vier Forschungsanstalten umfasse. Auch der ETH-Rat führe seine Beschaffungen selbständig durch. Im vorliegenden Fall sei einzig der ETH-Rat als Vergabestelle tätig, was in der Ausschreibung, den Ausschreibungsunterlagen und im Zuschlag stets korrekt angegeben worden sei. Der ETH-Rat habe den angefochtenen Zuschlag verfügt. Dennoch habe die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin gegen die falsche Vergabestelle Beschwerde erhoben, wobei nicht von einem Versehen oder einer falschen Bezeichnung der Vergabestelle ausgegangen werden könne. Es sei daher auf die Beschwerde nicht einzutreten (Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 10 ff.; Vernehmlassung in der Hauptsache, Rz. 6 ff.).

**4.1.1** Die Beschwerdeführerin hat zu diesem Antrag keine Stellung genommen. Indessen hat sie in ihren weiteren Rechtsschriften, erstmals mit Replik zur aufschiebenden Wirkung vom 27. April 2020, ebenfalls den ETH-Rat als Vergabestelle bezeichnet.

**4.1.2** Im verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren stellt sich die Frage nach der Passivlegitimation nicht gleichermassen wie etwa in einem zivilrechtlichen Klageverfahren. Wie in Bezug auf die Zuständigkeit hat das Gericht auch die Frage, welche Vorinstanz ins Recht zu fassen ist, unabhängig von den Parteianträgen von Amtes wegen zu prüfen. Dabei gilt ähnlich wie in Bezug auf Eingaben an die unzuständige Behörde der Grundsatz, wonach ein Rechtssuchender nicht ohne triftige Gründe um die Behandlung eines Begehrens durch die zuständige Behörde gebracht werden soll (vgl. dazu BVGE 140 III 636 E. 3.5 sowie URS CAVELTI, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2019, Rz. 21 zu Art. 21 VwVG). Anfechtungsobjekt der Beschwerde ist ein vorinstanzlicher Entscheid, welcher ein Rechtsverhältnis zwischen verschiedenen Beteiligten regelt. Diese Beteiligten sind damit notwendigerweise Parteien eines allfälligen Beschwerdeverfahrens, während Dritte, am vor-

instanzlichen Verfahren nicht Beteiligte, vorbehaltlich einer allfälligen Beiladung am Beschwerdeverfahren so oder anders nicht beteiligt sein können. Bei der Vergabestelle handelt es sich denn auch unbestrittenermassen um den ETH-Rat (vgl. E. 3.2 hiervor). Eine allenfalls falsche Bezeichnung der Vergabestelle schadet somit nicht, da die Parteirollen geklärt sind (vgl. zum Ganzen das Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts I 786/05 vom 12. September 2006 E. 2.2). Das hat im vorliegenden Fall jedenfalls zu gelten angesichts des Umstands, dass die Anbieter gemäss Pflichtenheft gehalten waren, sich für Fragen ausschliesslich an die Abteilung Finanzdienstleistungen, Einkaufskoordination, der ETH Zürich zu wenden. Die ETHZ wird denn in Ziffer 9.1.1 f. des Pflichtenhefts auch als "Organisator" und Zustelladresse für die Angebote genannt. Damit ist der Antrag der Vergabestelle, es sei auf die Beschwerde mangels fehlender "Passivlegitimation" nicht einzutreten, abzuweisen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Vergabestelle bereits im Verfahren B-6812/2019 darauf hingewiesen hat, dass fälschlicherweise gegen die ETHZ Beschwerde erhoben worden sei.

## **4.2**

**4.2.1** Weiter ist auf die Legitimation der Beschwerdeführerin einzugehen. Das aBöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 aBöB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG; BGE 141 II 14 E. 2.3 "Monte Ceneri", BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"; Urteil des BVGer B-5601/2018 vom 24. April 2019, auszugsweise publiziert als BVGE 2019 IV/2, E. 4.4 "Betankungsanlagen" und Urteil B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 1.2.1 "Geo-Ag-rardaten"). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

**4.2.2** Die Beschwerdeführerin ist formell beschwert, denn sie hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen, und sie ist durch die angefochtene Verfügung auch offensichtlich besonders berührt, weil ihr, nachdem sie als Anbieterin Rang 2 erreicht hatte, der Zuschlag nicht erteilt wurde.

**4.2.3** Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des Transparenzgebots, indem ihr die Vergabestelle trotz expliziter Nachfrage keine vollständige Medienbeobachtungsliste herausgegeben habe. Eine faire Ausschreibung sei erst gegeben, wenn die Vergabestelle darlegen würde, welche Medien sie überwacht haben wolle. Im Rahmen der Bewertung habe die Vergabestelle entgegen ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" die Relevanz der Medien nicht geprüft. Zudem sei die Taxonomie gemäss ZK 1.2.2 nicht geeignet, die Qualität der Medienbeobachtung abzubilden und widerspreche dem Sinn und Zweck des Vergabeverfahrens, weil die vorgegebene Interpolation erst bei drei Anbietern zum Tragen komme. Die Vergabestelle sei anzuweisen, das Vergabeverfahren neu durchzuführen. Würde dieser Argumentation gefolgt, so hätte die Beschwerdeführerin nebst der Aufhebung des Zuschlags auch eine Chance auf Anpassung der Ausschreibungsunterlagen, was ihr allenfalls die Möglichkeit eines neuen Angebots und damit eine reelle Chance auf den Zuschlag im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eröffnen würde (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.5 "Monte Ceneri" sowie den Zwischenentscheid des BVGer B-7062/2017 vom 16. Februar 2018 E. 7.2 "IT-Dienste ASALfutur", je mit Hinweisen). Ausschreibungsunterlagen sind kein selbständiges Anfechtungsobjekt, womit deren Mängel im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags gerügt werden können (Zwischenverfügung des BVGer B-6812/2019 vom 13. Januar 2020 E. 7.1 f. mit Hinweisen "Medienmonitoring ETH I"). Somit hat die Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung und ist damit zur Beschwerde legitimiert. Ob ihre Rügen allenfalls verspätet sind, wie die Vergabestelle geltend macht, wird in Erwägung 6 hiernach geprüft werden.

#### **4.2.4**

**4.2.4.1** Die Vergabestelle bringt vor, es sei widersprüchlich, wenn die Beschwerdeführerin die Neudurchführung der Ausschreibung mit denselben Kriterien beantrage und dies damit begründe, dass die Beschreibung der Dienstleistung mangelhaft sei (Vernehmlassung in der Hauptsache, Rz. 40 ff.). Der Antrag der Beschwerdeführerin, wonach die Vergabestelle anzuweisen sei, das Vergabeverfahren gestützt auf die in der Ausschreibung bekannt gegebenen Kriterien erneut durchzuführen, wobei den Anbietenden Gelegenheit zu geben sei, neue Angebote einzureichen, laufe ausserdem auf eine unzulässige nachträgliche Verbesserung der Angebote hinaus. Dies sei, soweit keine eigentlichen Verhandlungen durchgeführt werden, nach dem geltenden Beschaffungsrecht nicht vorgesehen

(Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 24 ff.; Vernehmlassung in der Hauptsache, Rz. 68; abschliessende Stellungnahme der Vergabestelle, Rz. 19).

**4.2.4.2** Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, dass der Antrag auf erneute Durchführung des Vergabeverfahrens dahingehend zu verstehen sei, dass das Bundesverwaltungsgericht eine erneute vergaberechtskonforme Ausschreibung basierend auf einem ähnlichen oder gleichbleibenden Kriterienkatalog anordnen solle (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 2 ff.). Für den vorliegenden Fall sei die Durchführung von Verhandlungen ausserdem nicht von Bedeutung gewesen. Verhandlungen würden gemäss Art. 20 Abs. 1 Bst. b aBöB voraussetzen, dass kein Angebot als das wirtschaftlich günstigste erscheine. Diese Bedingung sei im vorliegenden Fall nicht erfüllt (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 5 ff.).

**4.2.4.3** Die Vergabestelle weist zwar zu Recht darauf hin, dass im Rahmen der Offerteingabe (bzw. der Offertbereinigung) der Abänderung der Offerte Grenzen gesetzt sind. Indessen lässt sie die Tatsache ausser Acht, dass sich aufgrund der – was die Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall ja gerade erstreiten will – Abänderung bzw. Ergänzung der Ausschreibungsunterlagen die Notwendigkeit ergeben kann, auf dieser Basis neue Offerten einzuverlangen (vgl. zu den Folgen der Rückweisung im Rahmen der Gutheissung einer Beschwerde etwa GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1396). Folgerichtig hat das Bundesverwaltungsgericht auch entschieden, dass die Vergabestelle im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags nach Ergehen eines zugunsten der Beschwerdeführerseite ausgefallenen Zwischenentscheids nicht nur den Zuschlag in Wiedererwägung ziehen, sondern auch durch das Gericht kritisierte Ausschreibungsunterlagen anpassen und gestützt darauf neue Offerten einholen kann (Zwischenverfügung des BVGer B-2957/2017 vom 23. Juni 2017 E. 5.2.3 "Lüftung Kaserne Thun II"). Richtig ist, dass der erste Teil des Antrags der Beschwerde, wonach das Vergabeverfahren gestützt auf die in der Ausschreibung bekannt gegebenen Kriterien erneut durchzuführen ist, nicht klar zum Ausdruck bringt, dass eine Anpassung der Ausschreibungsunterlagen und allenfalls auch eine Neuumschreibung der Bewertungsmethode in Bezug auf die qualitativen Zuschlagskriterien anbegehrt ist. Indessen ergibt sich aus dem zweiten Satz, wonach den Anbietenden die Gelegenheit zu geben ist, neue Angebote einzureichen, dass Raum bleibt für die beschriebene Präzisierung durch die Beschwerdeführerin, wonach die beantragte Rückweisung auch zu einer Anpassung der Ausschreibungsunterlagen führen kann

(vgl. dazu E. 10.2 hiernach). Damit kann auch mit Blick auf die im vorliegenden Fall formulierten Anträge nicht gesagt werden, dass diese – wovon die Vergabestelle ausgeht – unzulässig sind und dies zudem dazu führt, dass die Beschwerde insgesamt durch einen Nichteintretensentscheid zu erledigen ist.

**4.3** Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 30 aBöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

**4.4** Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass auf die Beschwerde einzutreten ist.

## **5.**

**5.1** Die Beschwerdeführerin rügt vorab eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil sie anlässlich des am 9. März 2020 durchgeführten Debriefings nach Ergehen des Zuschlags lediglich eine summarische Begründung über ihr Abschneiden bei den einzelnen Eignungskriterien erhalten habe. An diesem Debriefing seien von den drei möglichen Bereichen der Gesamtmatrix bestimmte ausgewählte Punkteverteilungen bei Qualitäts- und Preiskriterien besprochen worden. Zu diesen besprochenen Zuschlagskriterien würden die Zuschlagskriterien ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" und ZK 1.3.2 "Produkteportfolio" gehören, bei welchen der Beschwerdeführerin keine Punkte zugeteilt wurden. Gleichzeitig sei ihr mitgeteilt worden, dass sie beim Beurteilungspunkt "Präsentation" die Maximalpunktzahl erreicht habe. Die Beschwerdeführerin werde damit grundsätzlich in die Lage versetzt, bei diesen einzelnen Zuschlagskriterien nachzuvollziehen, dass und wie viele Punkte sie im Vergleich zu ihrer Konkurrentin verloren habe; nicht jedoch, wie die Vergabestelle den Zuschlagsentscheid begründet habe. Die Vergabestelle verletze mit der Nichtherausgabe einer schriftlichen detaillierten Zuschlagsbegründung die Begründungspflicht im Sinne von Art. 23 Abs. 2 aBöB und verweigere damit in schwerer Weise das rechtliche Gehör. Daran ändere auch das Schreiben vom 16. März 2020 nichts, in welchem die Vergabestelle wiederum keine detaillierte Begründung des Zuschlags anführe (Beschwerde, Rz. 15 ff.).

**5.2** Die Vergabestelle bestreitet die Vorwürfe der Beschwerdeführerin (Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 21). Nach Art. 23 Abs. 1 aBöB würde lediglich eine summarische Zuschlagsbegründung genügen, welche die Vergabestelle sowohl im Debriefing vom 9. März 2020

als auch im Schreiben vom 16. März 2020 mitgeteilt habe. Sie habe weder die Begründungspflicht nach Art. 23 aBöB noch das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt. Sollte das Bundesverwaltungsgericht wider Erwarten eine Gehörsverletzung wegen fehlender oder mangelhafter Begründung annehmen, wäre dieser Mangel jedoch durch die im Rahmen des Beschwerdeverfahrens erfolgten Begründungen der Vergabestelle zum Zuschlag und die der Beschwerdeführerin eingeräumte Gelegenheit zur diesbezüglichen Stellungnahme als geheilt zu betrachten (Vernehmlassung in der Hauptsache, Rz. 9 ff.).

**5.3** Nach Art. 35 Abs. 1 VwVG sind schriftliche Verfügungen namentlich zu begründen. Um dem in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör zu genügen, muss die Begründung einer Verfügung dem Betroffenen ermöglichen, die Tragweite derselben zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen (BGE 138 I 232 E. 5.1; Urteil des BVGer B-536/2013 vom 29. Mai 2013 E. 2.2.1 "Abbruch IT-Dienste" und HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 1071). Hinsichtlich der Begründung von Zuschlagsverfügungen im Sinne von Art. 29 Bst. a aBöB enthält Art. 23 aBöB eine *lex specialis* zu Art. 35 Abs. 1 (und 3) VwVG (Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 3.2 "HP-Monitore"). Art. 23 Abs. 1 aBöB lässt in einem ersten Schritt eine summarische Begründung genügen. Erst auf Gesuch hin muss die Vergabestelle den nicht berücksichtigten Anbietern umgehend weitergehende Informationen bekanntgeben (vgl. Art. 23 Abs. 2 aBöB; BVGE 2018 IV/11 E. 2.4.3 "pianificatore generale Bellinzona"; Urteil des BVGer B-5601/2018 vom 24. April 2019 "Betankungsanlagen", auszugsweise publiziert in BVGE 2019 IV/2, nicht publizierte E. 3.3; Zwischenentscheid des BVGer B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 5.2 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1243 f.; siehe zum Ganzen auch das Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 2.2 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2").

**5.4** Die am 28. Februar 2020 publizierte Zuschlagsverfügung (SIMAP Meldungsnummer: 1122237) enthält keine Begründung des Zuschlagsentscheids. Dasselbe gilt für das Absageschreiben vom 3. März 2020, mit welchem der Beschwerdeführerin ein mündliches Debriefing angeboten worden ist. Damit liegt keine summarische Begründung vor, wie sie Art. 23 Abs. 1 aBöB verlangt. Indessen hat am 9. März 2020 das in Aussicht gestellte Debriefing stattgefunden. Mit Schreiben vom 16. März 2020 wurden

der Beschwerdeführerin ausserdem schriftlich weitere Informationen bekannt gegeben. Daraus geht namentlich hervor, dass die wesentlichen Unterschiede zwischen den Offerten bei den Zuschlagskriterien ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" und ZK 1.3.2 "Produktportfolio" festgestellt worden seien. Das Angebot der Beschwerdeführerin habe insgesamt 189 Medientitel/Stationen weniger als dasjenige der berücksichtigten Anbieterin umfasst. Bei diesen beiden Kriterien habe die festgelegte Taxonomie dazu geführt, dass die Beschwerdeführerin hierfür keine Punkte erzielt habe. Selbst wenn nicht bereits diese Begründung den Vorgaben von Art. 23 Abs. 2 aBöB genügen sollte, sind allfällige Begründungsmängel im Rahmen des Beschwerdeverfahrens geheilt worden. Es ist namentlich darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführerin noch vor dem Entscheid zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung Gelegenheit zur Replik gegeben worden ist. Dies nachdem sich die Vergabestelle im Rahmen ihrer Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung vom 15. April 2020 weitergehend zur Zuschlagsbegründung unter den Zuschlagskriterien ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" (Rz. 43 ff.) und ZK 1.3.2 "Produktportfolio" (Rz. 55 ff.) geäußert hatte. Damit war es ihr jedenfalls möglich, die angefochtene Verfügung in voller Kenntnis ihrer Tragweite anzugreifen. Bereits aufgrund des Schreibens vom 16. März 2020 kann aber so oder anders von einer schweren Verletzung des rechtlichen Gehörs keine Rede sein. Damit fällt eine Aufhebung der angefochtenen Verfügung mit dieser Begründung ausser Betracht (Urteil des BVGer B-4501/2021 vom 13. Dezember 2021 E. 2.5.2 "restauration EPFL"). Demnach kann die Frage, ob eine Verletzung von Art. 23 Abs. 2 aBöB vorliegt, vorbehaltlich der allfälligen Berücksichtigung im Kostenpunkt (vgl. E. 11.2 hiernach) offen bleiben.

## 6.

**6.1** Die Vergabestelle macht vorab geltend, dass die Rügen der Beschwerdeführerin verspätet seien, worin zugleich ein Verstoss gegen Treu und Glauben zu sehen sei. Dies gelte insbesondere für die Rüge, es sei kein bestehendes "Mediensample" (Liste der nationalen Medien), welches den Bedürfnissen der Vergabestelle entspreche, in den Ausschreibungsunterlagen enthalten gewesen, womit ein elementarer Bestandteil der Ausschreibung gefehlt habe. Diese Rüge würde sich auf die Ausgestaltung der *Ausschreibung* beziehen, weshalb diese in einer rechtzeitigen Beschwerde gegen die Ausschreibung hätte geltend gemacht werden müssen. Da die Beschwerdeführerin dieses "Mediensample" als "elementaren Bestandteil der Ausschreibung" bezeichnet habe, habe für diese auf Anhieb klar sein müssen, dass das Mediensample auch in der vorliegenden Ausschreibung

nicht bekannt gegeben werde. Mit einer Beschwerde gegen den Zuschlag sei sie damit nicht zu hören (Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 27 ff., 29 f.). Es liege zudem ein Verstoss gegen Treu und Glauben vor bzw. die Vergabestelle geht von einer Fragepflicht des Anbieters aus, weil die Bewertung und Gewichtung der ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" und 1.3.2 "Produktportfolio" (wie auch aller anderen Kriterien) in den Ausschreibungsunterlagen detailliert und unmissverständlich beschrieben seien, womit die entsprechenden Rügen verwirkt seien (Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 61; Vernehmlassung in der Hauptsache, Rz. 63).

**6.2** Die Beschwerdeführerin widerspricht den Ausführungen der Vergabestelle, wonach die Rüge des fehlenden "Mediensample" verspätet sei. Sie verweist diesbezüglich auf die Korrespondenz mit der Vergabestelle im Verfahren B-6812/2019, in welchem das fehlende Mediensample bereits gerügt worden war. Ausserdem seien auch ihre Rügen in Bezug auf die Bewertungsmethode nicht verspätet, weil sie aufgrund der Ausschreibungsunterlagen nicht damit habe rechnen müssen, dass die Relevanz der angebotenen Quellen nicht bewertet werden würde (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 14 ff.).

### **6.3**

**6.3.1** Einwände, welche die Ausschreibung betreffen, können im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Verfügungsgegenstand grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, soweit Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar waren (BVGE 2014/14 E. 4.4 "Suchsystem Bund"; BVGE 2018 IV/6, nicht publizierte E. 2.1 "Loslimitierung Swissgrid"; Zwischenentscheide des BVGer B-6812/2019 vom 13. Januar 2020 E. 7.1 "Medienmonitoring ETH I" und B-738/2012 vom 14. Juni 2012 E. 3.1 mit Hinweisen "Abfallentsorgung"). Dagegen sind behauptete Mängel in den Ausschreibungsunterlagen nach geltender Praxis des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich nicht selbständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, in der Regel dem Zuschlag, anzufechten (BVGE 2014/14 E. 4.4 mit Hinweisen "Suchsystem Bund"; siehe zum Ganzen Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 3.3 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2").

**6.3.2** Mit Zwischenverfügung des BVGer B-6812/2019 vom 13. Januar 2020 E. 7.2 betreffend die Beschwerde gegen die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass sowohl das verlangte "Mediensample" zu den nationalen Medien als auch der Nachtrag vom 17. Dezember 2019, welcher eine Liste von Social-Media-Kanälen und internationaler Medien enthalte, prima facie nur als Teil eines Pflichtenhefts und damit als Teil der Ausschreibungsunterlagen verstanden werden könnten. Es sei offensichtlich, dass die Vergabestelle nicht verpflichtet sei, eine vollständige Liste der zu beobachtenden Medien in der Ausschreibung selbst abzudrucken. Somit beanstandete die Beschwerdeführerin insoweit nicht nur die Ausschreibung, sondern vor allem die Ausschreibungsunterlagen. Die Ausschreibungsunterlagen würden nach der Rechtsprechung aber auch durch die Mitbeurteilung der Mängel derselben im Rahmen der Anfechtung der Ausschreibung oder des Zuschlags nicht zum selbständigen Anfechtungsobjekt (vgl. zum Ganzen BVGE 2014/14 E. 4.4 "Suchsystem Bund" sowie den Zwischenentscheid des BVGer B-738/2012 vom 12. Juni 2012 E. 4.3 "Abfallentsorgung").

**6.3.3** Es kann vorliegend auf die soeben dargestellte Begründung im Zwischenentscheid des BVGer B-6812/2019 vom 13. Januar 2020 E. 7.2 verwiesen werden. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die Ausschreibungsunterlagen Medienlisten aufweisen ("Anhang A7 des Pflichtenhefts: Liste der Social Media-Kanäle und der internationalen Medien"), wohingegen in der Ausschreibung selbst (naheliegenderweise) keine solchen Listen enthalten sind. Überdies ergeben sich aus der Ausschreibung keine konkreten Angaben dazu, worin die im Rahmen der Medienbeobachtung zu berücksichtigenden Bedürfnisse der Vergabestelle liegen. Damit ist aber auch die Frage, ob die Bedürfnisse des ETH-Rats und der sechs Institutionen des ETH-Bereichs genug klar umschrieben sind, im Ergebnis mit aufgegriffen, wenn die Beschwerdeführerin die Herausgabe des Mediensamples verlangt. Denn deren deutlichste Beantwortung würde nach Auffassung der Beschwerdeführerin durch das Zurverfügungstellen eines Mediensamples sichergestellt, welches die in Frage stehenden Bedürfnisse abbildet. Nur auf diese Weise kann nach Auffassung der Beschwerdeführerin ein konkurrenzfähiges Angebot eingereicht werden. Dementsprechend war im Angebot der Beschwerdeführerin vom 6. Januar 2020 (Ziff. 5.2.2) auch der Hinweis enthalten, dass die Bedürfnisse des ETH-Rats und der Institutionen des ETH-Bereichs nicht weiter ausgeführt würden. Damit hilft es der Vergabestelle auch nicht, dass keine andere Anbieterin eine entsprechende Frage gestellt oder Rüge platziert hat. Unbestritten ist jedenfalls, dass die Vergabestelle im Rahmen der Fragerunde die Herausgabe dieses

Mediensamples, wobei die Beschwerdeführerin das aktuelle Mediensample je Institut zur Verfügung gestellt haben wollte, ausdrücklich abgelehnt hat. Nachdem die Beschwerdeführerin ihre entsprechenden Beanstandungen durch Erhebung einer Beschwerde (B-6812/2019), auf die gemäss Zwischenverfügung vom 13. Januar 2020 prima facie aller Wahrscheinlichkeit nach wegen verpasster Frist bzw. fehlenden Anfechtungsobjekts nicht eingetreten worden wäre, wenn sich das Verfahren nicht durch Rückzug erledigt hätte, kundgetan hat, kann ihr insoweit jedenfalls nicht vorgeworfen werden, sie habe gegen Treu und Glauben verstossen. Auch im vorliegenden Verfahren macht die Beschwerdeführerin geltend, aufgrund der Angaben in den Ausschreibungsunterlagen könne das angebotene Mediensample den Bedürfnissen der Vergabestelle nicht gerecht werden (Beschwerde, Rz. 44, Rz. 48 ff.).

**6.3.4** Des Weiteren findet sich die Bewertungsmatrix der Zuschlagskriterien und damit auch die unter Anhang A4 des Pflichtenhefts aufgeführte Taxonomie zu ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" und ZK 1.3.2 "Produktportfolio", ausschliesslich in den Ausschreibungsunterlagen. Damit sind auch die gegen diese Ausschreibungsunterlagen gerichteten Rügen der Beschwerdeführerin nicht verspätet. Auch ist der Beschwerdeführerin beizupflichten, dass die Art der Bewertung in Bezug auf die Berücksichtigung der Relevanz der Medienquellen im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen jedenfalls nicht so klar umschrieben war, dass die Beschwerdeführerin gegenüber der Vergabestelle eine Rüge hätte platzieren müssen, um dem Vorwurf der Verletzung von Treu und Glauben zu entgehen. Zudem erweist sich auch die Rüge, die Taxonomie unter ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" komme erst bei drei Anbietern zum Tragen, als nicht verspätet, da deren beanstandete Wirkung vor allem dadurch entsteht, dass nur zwei Angebote eingegangen sind.

**6.3.5** Zusammenfassend ergibt sich, dass die Rügen der Beschwerdeführerin nicht verspätet und damit zu hören sind. Mit Blick auf das hier nicht zur Anwendung kommende neue Recht sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber mit Art. 53 Abs. 2 des BöB die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Anfechtung von Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich auch für Bundesvergaben massgeblich erklärt (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-3238/2021 vom 18. Oktober 2021 E. 4.3 "Google / Public Cloud").

## 7.

**7.1** Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots, weil die bisherige Anbieterin einen Wettbewerbsvorteil erlangt hat, indem sich die Vergabestelle geweigert habe, das aktuelle Mediensample (Liste der nationalen Medien) an alle Anbieterinnen herauszugeben (Art. 1 Abs. 2 aBöB; Beschwerde, Rz. 45 ff., Rz. 69 ff.). Zugleich wird seitens der Beschwerdeführerin auch die mangelnde Transparenz beanstandet, insbesondere in Bezug auf die fehlende Umschreibung der Bedürfnisse des ETH-Rats und der sechs Institutionen des ETH-Bereichs (Beschwerde, Rz. 45). Soweit ein Informationsvorsprung einer Anbieterin einen spürbaren Wettbewerbsnachteil für die anderen Anbieterinnen mit sich bringt, ist insbesondere das Gleichbehandlungsgebot tangiert. Dies gilt nach der Rechtsprechung namentlich für die Vorbefassung im Sinne von Art. 21a aVöB (bzw. Art. 14 BöB; vgl. etwa den Zwischenentscheid des BVer B-6588/2018 vom 4. Februar 2019 E. 10.3 "Projektwettbewerb Bahnhofserweiterung"). Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die Situation der bisherigen Anbieterin von derjenigen einer vorbereiteten Anbieterin zu unterscheiden ist. Die im vorliegenden Zusammenhang ebenfalls relevante Publikationstransparenz hat zwar durchaus einen eigenen Gehalt, dient aber auch der Unterstützung der Durchsetzung der übrigen Prinzipien des Vergaberechts. Den Anbietern sollen hinsichtlich des Beschaffungsgegenstandes und des Vergabeverfahrens jene Kenntnisse vermittelt werden, die sie benötigen, um bedarfsgerecht und zielgerichtet offerieren zu können (MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich 2008, Rz. 27 f.). Je enger der Anbietermarkt ist, desto eher kommt auch der Wettbewerbszielsetzung (Art. 1 Bst. b aBöB) ein das Gleichbehandlungsgebot ergänzender Gehalt zu. Das Gericht hat demnach im Folgenden zu prüfen, ob die Ausschreibungsunterlagen mit Blick auf die dargestellten Ziele des Vergaberechts den rechtlichen Grundlagen entsprechen.

## 7.2

**7.2.1** Um die Rüge, die soeben beschriebenen Ziele des Vergaberechts seien durch die Nichtherausgabe des Mediensamples bzw. eine mangelhafte Beschreibung der Bedürfnisse der Auftraggeberseite verletzt worden, zu beurteilen, sind vorab die einschlägigen Ausschnitte aus der Ausschreibung und insbesondere den Ausschreibungsunterlagen darzulegen, aus denen sich die Bedürfnisse, die an das beobachtete Medienportfolio gestellt werden, ergeben könnten.

**7.2.2** Die Ausschreibung vom 22. November 2019 (Projekt ID-196126) sieht in Ziff. 2.10 folgende Zuschlagskriterien vor:

"Erfüllung der Qualitätsanforderungen Gewichtung 50 %

Preise Gewichtung 30 %

Lösungspräsentation Gewichtung 20 %"

**7.2.3** Die technischen Spezifikationen gemäss Anhang A3 des Pflichtenhefts verlangen insbesondere folgende Bestätigungen (TS 21, TS 22 und TS 23):

|       |  |                          |
|-------|--|--------------------------|
| TS 21 | Das angebotene Mediamonitoring muss eine auf die Bedürfnisse des ETH-Rats und die sechs Institutionen des ETH-Bereichs angepasste Medienbeobachtungsliste abdecken respektive deren Beiträge zur Verfügung stellen können. | Schriftliche Bestätigung |
| TS 22 | Das angebotene Mediamonitoring muss mindestens die im Anhang A7 aufgeführten Social-Media-Kanäle abdecken.   | Schriftliche Bestätigung |
| TS 23 | Das angebotene Mediamonitoring muss mindestens die im Anhang A7 aufgeführten internationalen Medien abdecken.  | Schriftliche Bestätigung |

**7.2.4** Die "Hauptzielsetzungen Mediamonitoring und Mediamonitoring-Portal" sind unter Ziff. 2.3 des Pflichtenhefts aufgeführt. Darunter ist auch das "Mediensample" angeführt:

| Nr. | Medium  | Ausrichtung   |
|-----|---|---|
| 1   | Sample Print, RTV Schweiz   | Fokus auf nationale Leitmedien und den für ETH-Rat / Institutionen des ETH-Bereichs und ihre Standorte relevanten regionalen und lokalen Medien (Tages-, Wochen- und Monatsmedien).   |
| 2   | Sample Online-medien  | Fokus auf journalistische Eigenleistungen im Internet, Meldungen von führenden Nachrichtenagenturen (keine Mehrfach-Berücksichtigung derselben Agenturmeldung) und ausgewählte Blogs in Deutsch, Französisch, Englisch, Italienisch und Spanisch. Keine Beobachtung von allgemeinen Foren oder Chat-Rooms. Vorschlag für gezielte Beobachtung von wissenschaftsjournalistisch relevanten Webzeitungen oder Newsportalen mit journalistischen Eigenleistungen erwünscht. |
| 3   | Liste der für den ETH-Bereich relevanten Branchen-, Verbands- und Organisationsmedien | Fokus auf die Beobachtung von Medien aus dem Kreis der wissenschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Stakeholdern des ETH-Bereichs, z.B. Medien der politischen Parteien, Wirtschafts- und Branchenverbände, Nichtregierungs-Organisationen, Hochschulen etc.  |

|   |   |   |
|---|---|---|
| 4 | Liste mit ausländischen Leitmedien  | Fokus auf internationale Leitmedien und die wichtigsten Nachrichtenagenturen von führenden und für den ETH-Bereich relevanten Wissenschaftsstandorten; RTV und Onlinebeobachtung bei relevanten, journalistischen Eigenleistungen. Beschränkung auf Medien in deutscher, französischer, englischer, italienischer und spanischer Sprache. |
| 5 | Liste mit ausgewählten, unabhängigen, wissenschaftlichen und populärwissenschaftlichen Fachmedien | Fokus auf wissenschaftliche Fachzeitschriften mit breiterer Publikumswirkung (z.B. Spektrum der Wissenschaften, Zeit Wissen o.ä.) und redaktionell unabhängigen Fachzeitschriften aus wissenschaftsnahen Industrie-Branchen und Berufsfeldern.  |

**7.2.5** Die Vergabestelle hat in den Ausschreibungsunterlagen bezüglich der Medienbeobachtung unter anderem die folgenden über die technischen Spezifikationen hinausgehenden Zuschlagskriterien ZK 1.2.2 und ZK 1.2.3 und ZK 1.2.4 festgelegt:

| Nr.      | Beschreibung   | Dokumentationsanforderungen   | Angewendete Taxonomie  | Punkte |
|----------|--|---|--|--------|
| ZK 1.2.2 | <p><b>Medienbeobachtungsportfolio</b></p> <p>Das angebotene Mediamonitoring deckt die spezifischen Bedürfnisse des ETH-Rats und die der sechs Institutionen des ETH-Bereichs umfassend und breit gefächert ab.</p> | Der Anbieter liefert eine oder mehrere an die spezifischen Bedürfnisse des ETH-Rats sowie der sechs Institutionen des ETH-Bereichs individuell zusammengestellte und umfassende Medienbeobachtungsliste(n) gemäss dem im Pflichtenheft genannten Mediensample (Kapitel 2.3) sinnvoll unterteilt nach Medien/Titeln. | <p>Die Punktevergabe zu diesem Kriterium wird wie folgt vorgenommen:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) Der Anbieter, dessen eingereichte(n) Medienbeobachtungsliste(n) quantitativ die grösste Anzahl der Medien beinhaltet, die in der Beurteilung der Fachpersonen die spezifischen Bedürfnissen des ETH-Rats sowie der sechs Institutionen des ETH-Bereichs abdecken respektive relevant sind, erhält 100% der Punkte.</li> <li>2) Der Anbieter, dessen eingereichte(n) Medienbeobachtungsliste(n) quantitativ die kleinste Anzahl der Medien beinhaltet, die in der Beurteilung der Fachpersonen die spezifischen Bedürfnissen des ETH-Rats sowie der sechs Institutionen des ETH-Bereichs abdecken respektive relevant sind, erhält 0% der Punkte.</li> <li>3) Die Anbieter, deren eingereichte(n) Medienbeobachtungsliste(n) quantitativ eine Anzahl der Medien beinhaltet, die in der Beurteilung der Fachpersonen</li> </ol> | 1'000  |

|         |   |   |  |     |
|---------|---|---|--|-----|
|         |   |   | die spezifischen Bedürfnissen des ETH-Rats sowie der sechs Institutionen des ETH-Bereichs abdecken respektive relevant sind und quantitativ in der Anzahl zwischen der quantitativ grössten Medienbeobachtungsliste gemäss Punkt 1) und besten und der quantitativ kleinsten Medienbeobachtungsliste gemäss Punkt 2 erhalten gemäss linearer Interpolation zwischen 100% und 0% eine[n] Anteil der Punkte. |     |
| ZK1.2.3 | <p><b>Social-Media-Beobachtungsportfolio</b></p> <p>Das angebotene Mediamonitoring kann bezogen auf TS22 in Anhang A3 <u>zusätzliche</u> Social-Media-Kanäle in der Ausprägung Blogs, Wikis, Social Networks, Foren &amp; Usergroups, Location Based Services und Content Sharing Plattformen abdecken.</p> | Der Anbieter dokumentiert, welche zusätzlichen Social-Media-Kanäle im Portfolio stehen und dokumentiert zu jedem Kanal dessen inhaltliche Relevanz zu den <u>Bedürfnissen des Auftraggebers</u> .     | [...]  | 250 |
| ZK1.2.4 | <p><b>Beobachtungsportfolio internationale Medien</b></p> <p>Das angebotene Mediamonitoring kann bezogen auf TS23 in Anhang A3 <u>zusätzliche</u> internationale Medien abdecken.</p>   | Der Anbieter dokumentiert, welche zusätzlichen internationalen Medien im Portfolio stehen und dokumentiert zu jedem Medium dessen inhaltliche Relevanz zu den <u>Bedürfnissen des Auftraggebers</u> . | [...]  | 250 |

**7.2.6** Anhang A7 des Pflichtenhefts listet folgende Nachrichtenagenturen auf:

| Nachrichtenagenturen (Int.)             |      |       |
|---|------|-------|
| Lieferzeit bis spätestens               | Land | 06.45 |
| Titel                                   |      |       |
| Keystone sda                            | CH   | X     |
| Keystone ATS (F)                        | CH   | X     |
| Keystone ATS (IT)                       | CH   | X     |
| Deutsche Presse-Agentur DPA             | D    | X     |
| Agence France-Presse AFP                | F    | X     |
| Agenzia Nazionale Stampa Associata ANSA | IT   | X     |
| Reuters                                 | UK   | X     |

Anhang A7 des Pflichtenhefts listet folgende internationale Medien sowie Social-Media-Kanäle auf:

|                                |      |  |                      |
|--------------------------------|------|--|----------------------|
| Internationale Presse          |      |  | Social Media         |
| Lieferzeit                     | Land |  | Lieferzeit real time |
| Titel                          |      |  | Titel                |
| Der Standard                   | AT   |  | Twitter              |
| Der Spiegel                    | DE   |  | Facebook             |
| Die Welt                       | DE   |  | YouTube              |
| Die Zeit                       | DE   |  | Instagram            |
| Frankfurter Allgemeine Zeitung | DE   |  | Google+              |
| Handelsblatt                   | DE   |  | LinkedIn             |
| Süddeutsche Zeitung            | DE   |  | Tumblr               |
| El Pais                        | ES   |  | Blogs                |
| Le Figaro                      | FR   |  | Pinterest            |
| Le Monde                       | FR   |  | Wordstream           |
| Les Échos                      | FR   |  |                      |
| Financial Times Europe         | GB   |  |                      |
| The Economist                  | GB   |  |                      |
| Corriere della Serra           | IT   |  |                      |
| Il Sore 24 Ore                 | IT   |  |                      |
| La Stampa                      | IT   |  |                      |

|  |     |  |  |
|--|-----|--|--|
| Liechtensteiner Volksblatt                       | LI  |  |  |
| New York Times<br>International Edition          | USA |  |  |
| The Wall Street Journal<br>Europe / U.S. Edition | USA |  |  |

**7.2.7** Bereits in Ziffer 2.3 des Pflichtenhefts wird darauf hingewiesen, dass die Details zum Suchmuster des ETH-Bereichs im Anhang A9 aufgelistet sind, womit wohl Anhang A8 und A9 gemeint sind. In Anhang A8 "Suchkriterien und -muster" des Pflichtenhefts werden bestimmte Suchmuster des ETH-Bereichs vorgegeben. Als gemeinsames Suchmuster des ETH-Bereichs gilt zum Beispiel "Bezeichnungen der Institutionen des ETH-Bereichs, des ETH-Rats, der Kompetenzzentren des ETH-Bereichs sowie nationaler Kooperationsprojekte in D/F/I/E". Ebenso werden spezifische Suchmuster und -kriterien des ETH-Bereichs angegeben, wie zum Beispiel der "**ETH-Rat** [...] 5. Schweizer Innovationspark [...]". Anhang A9 "Filterkriterien Mediamonitoring-Portal" listet die Filterkriterien für das Media-Monitoring bzw. das entsprechende Portal auf. Als Filterkriterium für die einfache Suche soll beispielsweise das "Publikationsdatum" dienen.

### 7.3

**7.3.1** Die Beschwerdeführerin führt aus, der Umstand, dass weder die Ausschreibung noch die Ausschreibungsunterlagen eine Medienliste enthalten, wirke sich im Sinne eines Wettbewerbsvorteils für die Zuschlagsempfängerin aus, welche auch die bisherige Anbieterin sei und deshalb die Bedürfnisse der Auftraggeberin genau kenne (Beschwerde, Rz. 45 ff.). Im Rahmen der Fragerunde sei ihr die Herausgabe eines Mediensamples verweigert worden, obwohl die Vergabestelle beispielsweise unter ZK 1.2.2 und ZK 1.2.3 eine auf die Bedürfnisse des ETH-Rats und der sechs ETH-Institutionen des ETH-Bereichs zugeschnittene Medienliste verlange, wobei diese Bedürfnisse nirgends beschrieben seien (Beschwerde, Rz. 47 ff.). Es sei ihr nur die Hoffnung geblieben, zufällig die Titel zu treffen, die den spezifischen Bedürfnissen der Vergabestelle entsprechen (Beschwerde, Rz. 44, Rz. 53). Diese Bedürfnisse seien aber "nicht weiter ausgeführt" worden (Beschwerde, Rz. 75 mit Hinweis auf die Ausführungen im Angebot der Beschwerdeführerin vom 6. Januar 2020). Für die Erstellung

der Medienportfolios habe demnach das Wissen über die für den Auftraggeber und seine Standorte relevanten regionalen und lokalen Medien, die für ihn relevanten Blogs und seine wissenschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen und relevanten wissenschaftsnahen Industrie-Branchen und Berufsfelder als entscheidender und grosser Vorteil gegolten. Über das entsprechende Wissen verfüge der bestehende Anbieter dank seiner langjährigen Zusammenarbeit mit dem Auftraggeber. Eine faire Ausschreibung sei erst gegeben, wenn die Vergabestelle darlegen würde, welche Medien sie überwacht haben wolle (Beschwerde, Rz. 45).

**7.3.2** Die Vergabestelle entgegnet, der Fokus des ausgeschriebenen Auftrags zur Medienbeobachtung liege auf den lektorierten schweizerischen nationalen und regionalen Print-, Online- und RTV-Medien (Radio und Television), auf ausgewählten internationalen Tages- und Fachmedien (Print und Online) sowie auf den wichtigsten Social-Media-Kanälen. In Ziff. 2.2 des Pflichtenhefts seien die Nutzer des Mediamonitoring-Portals (ETH-Rat, ETH Zürich, EPFL, PSI, WSL, Empa und Eawag) aufgeführt. In Ziff. 2.3 des Pflichtenhefts seien die gewünschten Arten von Medien und deren Ausrichtung (Fokus) beschrieben. Die Tabelle in Ziff. 2.3 des Pflichtenhefts werde ergänzt und präzisiert durch die dazugehörigen Anhänge A3, A4, A7, A8 und A9. Dem Pflichtenheft sei in Anhang A7 eine Liste von Social-Media-Kanälen und der internationalen Medien angefügt worden. Diese seien als Mindestvorgabe abzudecken gewesen. Der Anhang A8 des Pflichtenhefts beschreibe die Suchkriterien und Muster. Diese Listen würden aufzeigen, über welche Berichte die Nutzer informiert werden möchten. Daraus ergebe sich eindeutig, dass es bei der Medienbeobachtung hauptsächlich um die Berichterstattung über die eigene Institution bzw. Anstalt gehe. Zusätzlich seien Berichte über bestimmte, ausdrücklich in den Suchkriterien aufgeführte Themen und Personen und Organisationen zu liefern (Vernehmlassung in der Hauptsache, Rz. 17 ff.; Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 31 ff.).

**7.3.2.1** Ein Mediensample der Schweizer Print-, RTV- und Online-Medien sei in den Ausschreibungsunterlagen dagegen an keiner Stelle erwähnt und auch bewusst nicht in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommen worden. Die Anbieter und deren Angebote würden sich massgebend über die von ihnen für einen Kunden zusammengetragenen Medienbeobachtungslisten differenzieren. Die Anbieter würden sich darin unterscheiden, welche Medien sie beobachten, wie sie recherchieren und wie sie die Treffer bereitstellen. Die Vergabestelle, die selbst über keine besonderen Kenntnisse über die verfügbaren zusätzlichen Medien wie die speziellen

Magazine verfüge, erwarte, dass eine spezialisierte Medienbeobachtungsagentur vielfältige Zugänge habe. Für die Vergabestelle sei es kaum möglich, eine geeignete Medienbeobachtungsliste zusammenzustellen, da ihr die nötigen Marktkenntnisse fehlen (Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 31 ff.; Vernehmlassung in der Hauptsache, Rz. 24 ff.). Die Vorgabe einer Medienbeobachtungsliste würde den Auftrag auch unnötig beschränken. Dadurch wären signifikante qualitative Kriterien der Angebote der Bewertung entzogen und dem Preis der Angebote würde eine nicht angemessene Gewichtung gegeben (Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 38 ff.; Vernehmlassung in der Hauptsache, Rz. 29).

Es wäre auch nicht erforderlich oder zielführend, den Anbietern das nicht mehr aktuelle Mediensample des bisherigen Auftrags herauszugeben, denn wegen des steten Wandels der schweizerischen Medienlandschaft könne nicht einfach der bisherige Auftrag mit dem gleichen Mediensample erneuert werden. Vielmehr sei eine Anpassung an die veränderten Verhältnisse beabsichtigt (Duplik in der Hauptsache, Rz. 33). Es sei aber selbstverständlich möglich, dass die Vergabestelle gewisse oder alle zu beobachtenden Medien vorgebe. Sie habe dies in Bezug auf Social Media Kanäle und internationale Medien im Sinne von Mindestvorgaben gemacht. Eine solche Vorgabe sei aber nicht zwingend. Interessant sei ferner, was gemäss der eigenen Darstellung der Beschwerdeführerin für die Zusammenstellung einer Medienbeobachtungsliste erforderlich sei. So müsse der Kunde gemäss Angaben auf ihrer Webpage lediglich die Auswahlkriterien für die Inhalte, die Lieferzeiten und -formate festlegen (Vernehmlassung in der Hauptsache, Rz. 31 ff.; Duplik in der Hauptsache, Rz. 29 f.). Dass es für beide offerierenden Anbieter aus der Ausschreibung und ohne Vorgabe eines Mediensamples erkennbar gewesen sei, welche Medien für die Bedürfnisse der Vergabestelle relevant sind, könne ausserdem belegt werden, weil sämtliche offerierten Medien als relevant hätten eingestuft werden können (Duplik in der Hauptsache, Rz. 26).

## 7.4

**7.4.1** In der Hauptsache ist demnach darüber zu befinden, ob eine branchenkundige Anbieterin gestützt auf die Ausschreibung und das Pflichtenheft bzw. ohne Bezug des von der bisherigen Anbieterin offerierten Mediensamples ein konkurrenzfähiges Angebot einreichen kann. Zur Beantwortung dieser Frage ist auf einschlägiges Fachwissen zurückzugreifen, weshalb der Instruktionsrichter mit Zwischenverfügung vom 18. Februar 2021 entschied, im vorliegenden Verfahren ein Gutachten einzuholen.

**7.4.2** Als Beweismittel nach Art. 12 Bst. e VwVG gelten unter anderem Gutachten von Sachverständigen (vgl. dazu Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 57 ff. des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 [BZP, SR 273]). Mit solchen Expertisen wird gestützt auf besondere Sachkenntnis Bericht über die Sachverhaltsprüfung und -würdigung erstattet (BGE 132 II 257 E. 4.4.1; Urteil des BVGer B-743/2007 vom 16. Dezember 2011 E. 2.6 "trattamento acque Monte Ceneri"). Dem Sachverständigen sind bloss Sach- und keine Rechtsfragen zu unterbreiten; die Beantwortung Letzterer obliegt zwingend dem Gericht (BGE 130 I 337 E. 5.4.1). Des Weiteren darf das Gericht in Fachfragen nicht ohne triftige Gründe von Gutachten abweichen und muss Abweichungen begründen (Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 30. September 2015 E. 5.4 "Casermettattunnel"). Ein Abweichen ist zulässig, wenn die Glaubwürdigkeit des Gutachtens durch die Umstände ernsthaft erschüttert ist. Bestehen Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens und wird dennoch keine ergänzende Abklärung angeordnet, kann sich dies als rechtswidrig erweisen (vgl. BGE 130 I 337 E. 5.4.2). Im Rahmen eines Gutachtens von Sachverständigen bestehen verschiedene Parteirechte: Den Parteien ist Gelegenheit zu geben, Einwendungen gegen die Person des Sachverständigen vorzubringen sowie sich zu den Fragen an diesen zu äussern und Abänderungs- und Ergänzungsanträge zu stellen (vgl. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 58 Abs. 2 bzw. 57 Abs. 2 BZP). Nach Erstattung des Gutachtens ist ihnen Gelegenheit zu geben, Erläuterung und Ergänzung oder eine neue Begutachtung zu beantragen (vgl. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 60 Abs. 1 BZP; vgl. dazu das Urteil des BVGer A-7097/2013 vom 25. Juni 2015 E. 8.3.1; Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 5.4 "Casermettattunnel"; siehe zum Ganzen Urteil des BVGer B-7216/2014 vom 18. März 2020 E. 4.1 "Casermettattunnel").

### **7.4.3**

**7.4.3.1** Im vorliegenden Fall hat der Gutachter mit seinem Gutachten vom 2. April 2021 zwei Gutachterfragen beantwortet. Die Gutachterfrage 1 lautet (vgl. die Zwischenverfügung vom 18. Februar 2021):

"1. Sind aus fachtechnischer Sicht Aussagen möglich, ob die den Anbietenden in den Ausschreibungsunterlagen (inkl. Antworten im Rahmen der Fragerunde) zur Verfügung gestellten Unterlagen hinreichend aussagekräftig sind, um es einem branchenkundigen Anbietenden zu erlauben, unter Berücksichtigung der auftraggeberseitig formulierten Bedürfnisse der verschiedenen Bedarfsträger des ETH-Bereichs ein diesen gerecht werdendes Angebot einzureichen?"

Zur Gutachterfrage 1 legt der Gutachter insbesondere dar, der ETH-Bereich habe mit seinem Pflichtenheft auf den ersten Blick erkennbare Anstrengungen unternommen, um den Auftrag möglichst konkret zu umreissen und damit einen fairen Wettbewerb um die Auftragsvergabe zu organisieren. Im Pflichtenheft falle auf, wie ambitioniert die "strategischen Ziele" seien, aber auch, dass diese für einen Dienstleister, der "massgeschneidert" einen Vorschlag für die Medienbeobachtung "zur gesamten für den ETH-Bereich relevanten Berichterstattung" erarbeiten soll, weiter aufgedrösel werden sollten. Was sich konkret an Erwartungen hinter der gewünschten "Optimierung der wirkungs- und reputationsorientierten Unterstützung der Führungsträger im globalisierten und mediatisierten Wettbewerb der Hochschulen und Forschungsinstitutionen" verberge, erschliesse sich im Folgenden nur bedingt. Es sei davon auszugehen, dass im sehr heterogenen und ausdifferenzierten ETH-Bereich die Führungsträger und die einzelnen Forschungsbereiche und Institute sehr unterschiedliche Erwartungen an eine Medienbeobachtung haben würden. Ohne das konkrete Mediensample vorzugeben, sei im Pflichtenheft immerhin klar umrissen, welche fünf "Medientypen" in die Beobachtung einzubeziehen seien. Ihm sei nichts Wesentliches eingefallen, was die Auftraggeberin konkret hätte besser machen können. Die grosse Spannweite der Erwartungen der Führungsträger und der einzelnen Institute sei gewiss präzisierbar. Die ausschreibende Instanz kenne aber ihre Abnehmer und Nutzer nur partiell. Kommunikationsbeauftragte dürften das Mediamonitoring kontinuierlich nutzen. Ein Teil der Medienbeobachtung dürfte allerdings bei anderen Abnehmern und Nutzern im Alltag versanden. Das bedeute, dass Anbieter den naturwissenschaftlich-technischen Universitäts- und Forschungsbetrieb auch selbst kennen sollten und sich aufgrund des Pflichtenhefts in die spezifischen Herausforderungen hineindenken müssen. Dies sei nach dem Eindruck des Gutachters beiden Anbietern gelungen, aber für die Beschwerdeführerin sicher schwieriger gewesen als für die Zuschlagsempfängerin als bisherige Auftragnehmerin. Je detaillierter ein Pflichtenheft Erwartungen aufliste, desto abschreckender werde die Vergabe auch für die Bewerber, sich auf all diese Details schon im Vorfeld der Auftragsvergabe einzulassen (Gutachten, S. 3 f.).

**7.4.3.2** Im Rahmen der Beantwortung der Gutachterfrage 1 setzt sich der Gutachter auch mit der Aussage der Vergabestelle auseinander, wonach die Medienlandschaft in der Schweiz "überschaubar" sei. Er sei zunächst versucht, diese Aussage zu bestätigen. Bei genauerem Hinsehen sei die Ausgangslage aber eben doch komplizierter als in den meisten anderen Ländern. Schon die Kategorisierung "nationaler Leitmedien" möge zwar

üblich sein, sei aber im Grunde angesichts der Sprachenvielfalt falsch. Andererseits handle es sich angesichts des hohen Grades an Medienkonzentration auch um eine Scheinvielfalt, die geprägt sei durch redaktionelle Kooperationen oder von gemeinsamen Redaktionen, die für mehrere Titel zuständig seien. Durch das sich ständig verändernde Angebot an Online-Medien, Blogs und Offerten in sozialen Medien werde die Angebots-Entwicklung ohne kontinuierliche, professionelle Beobachtung vollends unüberschaubar. Die Tatsache, dass zwei Anbieter quantitativ so weit auseinanderliegende Mediensamples eingereicht hätten, lege zumindest nahe, dass eine präzisere Eingrenzung des Mediensamples sinnvoll gewesen wäre. Dass die Medienbeobachtung schweizweit lokal und regional flächendeckend erfolgen sollte, habe ihn im Übrigen angesichts der internationalen Ausrichtung der ETH überrascht. Es sei (meint: in Bezug auf die Bewertung der Offerten) zu fragen, ob eine rein quantitative Bewertung der zu analysierenden Titel wirklich zweckdienlich ist, um bestmöglich, also effizient und effektiv, den Bedarf des ETH-Bereichs an Medienbeobachtung zu befriedigen. Denkbar wäre hier durchaus eine Auswahl, die sich auf wirklich wichtige Titel fokussiert. Ob es im Ermessensspielraum des Auftraggebers oder doch eher richterlicher Überprüfung unterliegt, dies zu entscheiden, sei allerdings nicht von ihm zu bewerten (Gutachten, S. 5).

Soweit es um das Beobachten von generalistischen Medien gehe – also Print-, Rundfunk-, Online-Medien in der Schweiz, welche breite Bevölkerungsschichten adressieren – sei trotz der Relativierung der Beurteilung der schweizerischen Medienlandschaft als "überschaubar" davon auszugehen, dass es zum "Know-how" der Anbieter von Dienstleistungen zur Medienbeobachtung gehöre, entsprechende Listen anbieten zu können. Sobald es um Fachkommunikation, also Branchenzeitschriften, themenspezifische Fachdienste und Newsletter gehe, werde ein auf Medienbeobachtung spezialisierter Dienstleister ohnehin nur in enger Zusammenarbeit mit der ausschreibenden Institution und den zu berücksichtigenden Forschungsinstitutionen ein zweckdienliches Mediensample erstellen können. Andererseits befinde sich im Online-Bereich Vieles im Fluss, sodass das bisherige Sample nur begrenzt hilfreich sein dürfte. Eine Konfliktlösung für die Zukunft sehe er in einem zweistufigen Auftragsvergabe-Verfahren. Vor Ablauf des laufenden Vertrags wäre in enger Zusammenarbeit mit potentiellen zukünftigen Auftragnehmern vorab das neue Beobachtungssample in einem eigenen Ausschreibungsverfahren zu entwickeln, das eine angemessene Vergütung vorsieht. Das Sample würde dann als Teil der neuen Ausschreibungsunterlagen mit publiziert (Gutachten, S. 5 f.).

#### 7.4.4

**7.4.4.1** Die Beschwerdeführerin führt zum Gutachten aus, dieses deute an, dass auch eine kleinere repräsentative Auswahl den Zweck der Medienbeobachtung hätte erfüllen können und dass bei einem solch reduzierten Leistungsspektrum zu erwarten gewesen wäre, dass sich eine grössere Anzahl von Anbietern an der Ausschreibung beteiligt hätte. Das vorliegende Vergabeverfahren sei von vornherein nicht darauf ausgerichtet gewesen, eine Vielzahl von Anbietern mit standardisierten Branchenprodukten zur Abgabe einer Offerte zu bewegen, sondern ein massgeschneidertes Leistungsspektrum durch die Anbietenden ausarbeiten zu lassen (abschliessende Stellungnahme der Beschwerdeführerin, Rz. 17).

**7.4.4.2** Der Gutachter habe aufgezeigt, dass es für die Beschwerdeführerin verglichen mit dem bisherigen Anbieter sicherlich schwieriger gewesen sei, sich in die Medienbeobachtung hineinzudenken. Darüber hinaus beschreibe das Gutachten die Aufgabe eines neuen Anbieters als "Herausforderung, sich in solch eine hochkomplexe Aufgabenstellung" hineinzudenken und die letztlich doch sehr differenzierten und unterschiedlichen Bedürfnisse der beteiligten Akteure und Institutionen so realistisch einzuschätzen, dass er ein konkurrenzfähiges Angebot erstellen und den bisherigen "Platzhirsch" verdrängen könne. Ergänzend werde festgehalten, dass es "eingefahrene Routinen" gebe, welche "es dem bisherigen Vertragspartner erleichtern, sich mit Erfolgsaussicht zu bewerben" (vgl. Gutachten, S. 4). Im Lichte dieser Ausgangslage sei mit Gutachten vom 2. April 2021 untersucht worden, ob die Ausschreibungsunterlagen genügend Aussagekraft aufweisen, um die Gleichbehandlung der Anbietenden im vorliegenden Vergabeverfahren zu gewährleisten. In Bezug auf die Auswirkungen des fehlenden Mediensamples auf die Erfolgsaussichten bei der vorliegenden Ausschreibung sei das Gutachten zu einem differenzierten Schluss gelangt, wonach bei der Fachkommunikation ein auf Medienbeobachtung spezialisierter Anbieter ein zweckdienliches Mediensample nur in enger Zusammenarbeit mit der ausschreibenden Institution und den zu berücksichtigenden Forschungsinstituten erstellen könne (abschliessende Stellungnahme der Beschwerdeführerin, Rz. 19 ff.).

**7.4.4.3** Als Zwischenfazit könne festgehalten werden, dass die Beschwerdeführerin in Bezug auf die Hauptzielsetzung des Mediamonitorings, umfassend zumindest die Quellentypen Nr. 3 "Liste der für den ETH-Bereich relevanten Branchen-, Verbands- und Organisationsmedien", Nr. 4 "Liste

mit ausländischen Leitmedien" sowie Nr. 5 "Liste mit ausgewählten unabhängigen wissenschaftlichen und populärwissenschaftlichen Medien" (Ziff. 2.3 des Pflichtenhefts) abzubilden, in Unkenntnis des Mediensamples von vornherein nicht in die Lage versetzt worden sei, ein wettbewerbsfähiges Angebot einzureichen. Insofern wäre es durch enge Zusammenarbeit mit der ausschreibenden Institution und den zu berücksichtigenden Forschungsinstituten möglich gewesen, den Startnachteil eines auf Medienbeobachtung spezialisierten Unternehmens wieder auszugleichen. Auch beim Quellentyp Nr. 1 "Sample Print, RTV Schweiz" sei von einer Benachteiligung zu Lasten der neuen Anbieter von professioneller Medienbeobachtung auszugehen, denn das Gutachten verneine klar die Aussage, wonach die Medienlandschaft in der Schweiz überschaubar sei und bezeichne die Kategorisierung nationaler Leitmedien als falsch (abschliessende Stellungnahme der Beschwerdeführerin, Rz. 22 ff.).

An verschiedenen Stellen habe der Gutachter Bezüge zu den eingereichten Angeboten der Parteien hergestellt. Diese würden aufzeigen, dass es der Beschwerdeführerin gelungen sei, das Maximum aus der ex ante zur Verfügung stehenden Information herauszuholen. Zum Beispiel lege er dar, die gelistete Vielfalt der Angebote sei – nicht zuletzt dank der kulturellen und sprachregionalen Eigenheiten – erstaunlich gross (abschliessende Stellungnahme der Beschwerdeführerin, Rz. 25 ff.). Zusammenfassend bestätige der Gutachter die Rügen der Beschwerdeführerin, indem er festhalte, dass aus der ex ante-Perspektive betrachtet ein branchenkundiger Anbieter aufgrund der in der Ausschreibung bekannt gegebenen Informationen nicht in der Lage gewesen sei, ein konkurrenzfähiges Angebot einzureichen (abschliessende Stellungnahme der Beschwerdeführerin, Rz. 28).

#### **7.4.5**

**7.4.5.1** Die Vergabestelle führt zum Gutachten aus, der Gutachter habe den Eindruck, es sei beiden Anbieterinnen gelungen, sich anhand des Pflichtenheftes in die spezifischen Herausforderungen der Medienbeobachtung im naturwissenschaftlich-technischen Universitäts- und Forschungsbetrieb hineinzudenken. Konkret sei dem Gutachter nichts Wesentliches eingefallen, was die Vergabestelle hätte besser machen können, um den Bewerbern ihren Medienbeobachtungsbedarf näher zu bringen. Die Ausschreibungsunterlagen seien detailliert und präzise (abschliessende Stellungnahme der Vergabestelle, Rz. 6). In der Tat sei letztlich ein Punkt strittig, nämlich ob das bisherige Sample der Vergabestelle

bekannt gegeben werden müsse. Nach der Aussage des Gutachters gehöre es zum Know-how der Anbieter, generalistisch ausgerichtete Medienlisten anbieten zu können (abschliessende Stellungnahme der Vergabestelle, Rz. 7). Weiter habe der Gutachter zwar bemerkt, dass die Mediensamples der beiden Anbieterinnen bei Aufgliederung in Print-, RTV- und Onlinemedien irritierend weit auseinanderliegen würden und schlussfolgergere, eine präzisere Eingrenzung würde naheliegen. Doch zeige der Gutachter sogleich auf, dass auf Nachfrage in der Fragerunde eine präzisere Eingrenzung erfolgt ist, indem angegeben wurde, dass im Jahr 2018 ca. 80 Prozent der beobachteten Medien Printtitel und 20 Prozent Onlinemedien gewesen seien. Dennoch umfasse das Angebot der Beschwerdeführerin gerade einmal 421 Printtitel, was gut 18 Prozent der Medien entspreche (abschliessende Stellungnahme der Vergabestelle, Rz. 8). Der Gutachter halte auch fest, dass die Angebotsentwicklung aufgrund des sich ständig verändernden Angebots an Online-Medien, Blogs und Offerten in sozialen Netzwerken ohne kontinuierliche, professionelle Beobachtung vollends unüberschaubar werde. Er teile die Ansicht der Vergabestelle, dass das bisherige Mediensample der vor fünf Jahren erfolgten Ausschreibung nicht geeignet wäre für die Neuausschreibung und die branchenunkundige Vergabestelle auch nicht in der Lage wäre, ein Mediensample vorzugeben (abschliessende Stellungnahme der Vergabestelle, Rz. 9).

**7.4.5.2** Zur vom Gutachter erwähnten Fachkommunikation, deren Auswahl nur in enger Zusammenarbeit mit der ausschreibenden Institution und den zu berücksichtigenden Forschungsinstitutionen erstellt werden könne, sei festzuhalten, dass gemäss Pflichtenheft, S. 8, beim Mediensample als Nr. 5 nur eine Liste mit ausgewählten, unabhängigen, wissenschaftlichen und populärwissenschaftlichen Fachmedien verlangt war, wobei der Fokus auf wissenschaftliche Fachzeitschriften mit breiter Publikumswirkung und redaktionell unabhängigen Fachzeitschriften aus wissenschaftsnahen Industrie-Branchen und Berufsfeldern zu legen war. Es sei also nicht um spezifische Fachmedien für einzelne Institutionen gegangen (abschliessende Stellungnahme der Vergabestelle, Rz. 10).

**7.4.5.3** Der Gutachter halte schliesslich in Übereinstimmung mit den Ausführungen der Vergabestelle fest, "die Erwartungen an die Bewerber seien präzise spezifiziert, und fraglos sollte ein Auftraggeber die Möglichkeit haben, als Teil einer Ausschreibung auch das Medienportfolio nicht nur neu zu bestimmen, sondern sich dabei von den Auftragnehmern beraten zu lassen". Der Gutachter bestätige damit, dass das Mediensample ein elementarer Bestandteil der Angebote für die Medienbeobachtung sei und nicht

von der Vergabestelle vorgegeben werden müsse oder könne. Der Gutachter lege dar, dass die Ausschreibungsunterlagen, insbesondere die Umschreibung der Bedürfnisse der Vergabestelle im Pflichtenheft, einem professionellen Anbieter erlauben, eine diesen Bedürfnissen entsprechende Medienbeobachtungsliste zu offerieren, wobei er ergänzend festhalte, es gehöre zum Know-how der Anbieter von Dienstleistungen zur Medienbeobachtung, entsprechende Listen zu offerieren (Rz. 12 f.).

## 7.5

**7.5.1.1** Der öffentlichen Vergabebehörde steht es zu, frei darüber zu bestimmen, was sie benötigt (BGE 137 II 313 E. 3.3.1 "Microsoft"; Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018 E. 3.2 "Reinigungsprodukte für Schienenfahrzeuge"; Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 "Rohre für Kühlwasser"). Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Vergabekriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift. Dies gilt namentlich für die Festlegung der technischen Spezifikationen (Zwischenverfügung des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.2 f. mit Hinweisen "Rohre für Kühlwasser") und entspricht dem spezialgesetzlichen Ausschluss der Ermessenskontrolle gemäss Art. 31 aBöB (vgl. dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1286 i.V.m. Rz. 1388). Die Lehre spricht insoweit von trotz Vergaberecht "gesicherten Handlungsspielräumen" (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.3 "Mobile Warnanlagen"; Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.3 "HP-Monitore" mit Hinweis auf HUBERT STÖCKLI, Urteilsanmerkung S9 zum Urteil des BGer 2P.282/1999 vom 2. März 2000, in: Baurecht 2001, S. 65).

**7.5.1.2** Die Vergabestelle umschreibt die Anforderungen an die geforderte Leistung, insbesondere deren technische Spezifikationen, in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit und teilt in jedem Fall mit, welche Anforderungen zwingend zu erfüllen sind (Art. 16a Abs. 1 und 3 aVöB; BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.2 "Mobile Warnanlagen"). Die Ausschreibungsunterlagen müssen alle Informationen enthalten, welche die Anbieter benötigen, um korrekte Angebote einreichen zu können. Sie müssen widerspruchsfrei und unmissverständlich formuliert sein. Von erheblicher Bedeutung ist die eindeutige, vollständig und ausreichend detaillierte Leistungsbeschreibung (Produktanforderung). Der Leistungsbeschrieb (Beschreibung des Beschaffungsgegenstandes) enthält alle notwendigen Anforderungen an den

Leistungsgegenstand und bildet zusammen mit den technischen Spezifikationen (Formulierung der Detailanforderungen) das Kernstück der Ausschreibung. Die technischen Spezifikationen (vgl. Art. VI GPA) definieren die Anforderungen an ein Material, ein Erzeugnis oder eine Lieferung (HANS RUDOLF TRÜEB, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Kommentar, 2011, Art. 12 aBöB N. 1 f., Art. 18 aBöB N. 13 f.). Dabei gibt es keinen Rechtsanspruch auf optimale Ausschreibungsunterlagen; indessen ist in der Unterschreitung des diesbezüglichen Mindeststandards eine Rechtsverletzung zu sehen (Urteil des BVGer B-879/2020 vom 8. März 2021 E. 9.6 "Produkte zur Aussenreinigung II").

**7.5.1.3** Die nachgefragte Leistung darf in einer Weise ausgeschrieben werden, die funktionale Elemente enthält. Bei einer funktionalen Ausschreibung wird das Beschaffungsziel beschrieben, ohne dass der Gegenstand und Umfang der Leistung abschliessend und genau umschrieben würden. Die technische Lösung muss vom Anbieter selbst erarbeitet werden. Je komplexer der Auftragsgegenstand ist, desto eher stellt sich die Frage, ob die Ausschreibung funktional ausgestaltet werden könnte (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 420 f.). Eine solche Ausgestaltung ist sinnvoll, wenn auf Anbieterseite Kreativität und Innovation gefragt ist (Urteil des BVGer B-743/2007 vom 16. Dezember 2011 E. 2.2.3.1 mit Hinweisen "trattamento acque Monte Ceneri"; MARCO FETZ, Die funktionale Ausschreibung, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2010, S. 101 ff., insb. Rz. 17 ff.). Indessen ist das blosses Fehlen des verwaltungsinternen Know-hows für die Umschreibung des Beschaffungsgegenstands oder das Vermeiden von Aufwand kein Grund für die Durchführung einer funktionalen Ausschreibung (vgl. zum Ganzen GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 420, sowie FETZ/STEINER, a.a.O., Rz. 110).

## **7.5.2**

**7.5.2.1** Zunächst ist auf die Zulässigkeit der funktionalen Ausgestaltung der Ausschreibung vom 22. November 2021 einzugehen (E. 7.5.2). Im Rahmen der nächsten Erwägung wird geprüft, ob die Anforderungen an die Beschreibung der Bedürfnisse durch die Ausschreibung und insbesondere die Ausschreibungsunterlagen erfüllt werden (vgl. E. 7.5.3 hiernach).

**7.5.2.2** Die vorliegende Ausschreibung enthält funktionale Elemente. So werden im Pflichtenheft die Hauptzielsetzungen bzw. strategischen Ziele, die mit dem nachgefragten Mediamonitoring und Mediamonitoring-Portal erreicht werden sollen, wie folgt wiedergegeben (S. 7, Ziff. 2.3):

"[I]n der Optimierung der wirkungs- und reputationsorientierten Unterstützung der Führungsträger im globalisierten und medialisierten Wettbewerb der Hochschulen und Forschungsinstitutionen;

der Schaffung von Kosten-, Skalen- und Synergievorteilen durch den Bezug von Medienbeobachtungsdienstleistungen aus einer Hand sowie durch die Vereinfachungen der Gebührenstrukturen und der Zusammenarbeit bei gemeinsamen Themen für die Medien- und Öffentlichkeitsarbeit;

einer Ausdehnung der Mediamonitorings auf die Onlineberichterstattung und auf Social Media sowie weiterhin Früh- und Sonntagslieferdiensten für die Clippings;

den Zugang zu einer Mediendatenbank und zu einfachen Auswertungstools;

der Verknüpfung der Kommunikationsstellen des ETH-Bereichs."

Der Fokus der zu beschaffenden Medienbeobachtung soll prioritär auf lektorierten schweizerischen nationalen und regionalen Print-, Online- und RTV-Medien (Radio, Television), auf ausgewählten internationalen Tages- und Fachmedien (Print und Online) sowie auf den wichtigsten Social Media Kanälen liegen (Ausschreibung, Ziff. 2.6).

Demgegenüber werden in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen keine vollständigen Medienlisten in Bezug auf die Zielerreichung für das Mediamonitoring und den Fokus der Ausschreibung vorgegeben. Eine Medienliste ist demnach von den Anbietenden selbst auszuarbeiten, was dem Grundgedanken einer funktionalen Ausschreibung entspricht. Demnach ist die Ausschreibung zum Projekttitel "Mediamonitoring des ETH-Bereichs" vom 22. November 2019 (Meldungsnummer 1105171) in Bezug auf die Medienbeobachtung zumindest teilweise funktional ausgestaltet. Zu klären bleibt, ob es rechtmässig ist, die Ausschreibung mit funktionalen Elementen zu versehen.

**7.5.2.3** Um die bestmögliche Medienbeobachtung im Sinne der Zielsetzung des ETH-Rats (Pflichtenheft, S. 7) zu ermitteln, was unbestrittenermassen eine Aufgabe von einer gewissen Komplexität darstellt – der Gutachter spricht von einer "hochkomplexen Aufgabenstellung" (Gutachten, S. 4) –, und das einschlägige Know-how der Anbietenden fruchtbar zu machen, liegt es jedenfalls im Ermessen der Vergabestelle, die Lösung nicht im Sinne von vollständigen Mediensamples (und damit eines präzisen Leistungsverzeichnisses) vorzugeben. Damit ist nicht weiter darauf einzugehen, dass die Vergabestelle ausführt, dass es für sie kaum möglich gewe-

sen wäre, eine geeignete aktuelle Medienbeobachtungsliste zusammenzustellen, da ihr die nötigen Marktkenntnisse fehlen (Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 36). Es ist mit Blick darauf, dass der optimale Nutzen aus dem Know-how der Anbietenden gezogen werden soll, rechtlich nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle lediglich Vorgaben in Bezug auf die abzudeckenden Bedürfnisse macht, sodass die Anbieterin die Lösung für die Zielerreichung mittels der Medienbeobachtung bereitstellen kann. Die mit der Ausschreibung des Dienstleistungsauftrags vom 22. November 2019 nachgefragte Medienbeobachtung darf demnach mit Blick auf das der Vergabestelle zukommende Ermessen rechtskonform in einer Weise ausgeschrieben werden, die funktionale Elemente enthält. Umso weniger hat die Beschwerdeführerin Anspruch darauf, dass sich die Vergabestelle durch die Verbindlicherklärung des bisher verwendeten Mediensamples im Ergebnis auf ihr bisheriges Nachfrageverhalten festlegen lässt. Soweit die Begehren der Beschwerdeführerin also dahingehend zu verstehen wären, dass die Vergabestelle für alle Medientypen vollständige Mediensamples vorgeben muss (in diesem Sinne wohl Beschwerde, Rz. 53), sind sie angesichts der Zulässigkeit des gewählten funktionalen Ansatzes offensichtlich unbegründet. Indessen rügt die Beschwerdeführerin auch, dass die Ausschreibungsunterlagen zu wenig präzise seien. Namentlich weigere sich die Vergabestelle, die aktuell durch die Zuschlagsempfängerin für die Medienbeobachtung verwendeten Mediensamples herauszugeben (Beschwerde, Rz. 40 f., Rz. 48, Rz. 50 f.). Damit würde jedenfalls auch nach den so zu verstehenden Anträgen der Beschwerdeführerin aufgrund einer gerichtlichen Rückweisung Raum für die Aktualisierung des Mediensamples durch die Anbieterinnen aufgrund präziserer Beschreibung der auftraggeberseitigen Bedürfnisse bleiben. Nur unter dieser Prämisse macht es auch Sinn, die Quantität und/oder die Qualität derselben anhand von Zuschlagskriterien zu bewerten.

### **7.5.3**

**7.5.3.1** Die Vergabestelle hat die Ausschreibung funktional ausgestaltet (vgl. E. 7.5.2 hiervor), womit sie vorwiegend die Ziele vorgibt, die mit dem Auftrag erreicht werden sollen. Auch im Rahmen einer funktionalen Ausschreibung sind gewisse Mindestangaben unverzichtbar (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 428; FETZ, a.a.O., Rz. 19). Vor dem Hintergrund, dass die Beschwerdeführerin beanstandet, ihr sei nur die Hoffnung geblieben, zufälligerweise die Medien zu treffen, die den spezifischen Bedürfnissen der Vergabestelle entsprechen, weil diese Bedürfnisse nicht genügend klar beschrieben waren (Beschwerde, Rz. 53), ist zu prüfen, ob die

Vergabestelle die Bedürfnisse des ETH-Rats und der sechs Institutionen des ETH-Bereichs genügend umschrieben hat. Die technische Spezifikation TS 21 fordert, dass das angebotene Mediamonitoring eine auf die spezifischen Bedürfnisse des ETH-Rats und der sechs Institutionen des ETH-Bereichs angepasste Medienbeobachtungsliste abdeckt respektive deren Beiträge zur Verfügung stellen kann. Das Zuschlagskriterium ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" verlangt "eine oder mehrere an die spezifischen Bedürfnisse des ETH-Rats sowie der sechs Institutionen des ETH-Bereichs individuell zusammengestellte und umfassende Medienbeobachtungsliste(n) gemäss dem im Pflichtenheft genannten Mediensample (Ziff. 2.3) sinnvoll unterteilt nach Medien/Titeln". Zudem werden die Anbieter unter dem Zuschlagskriterium ZK 1.2.3 "Social-Media-Beobachtungsportfolio" aufgefordert, zu jedem Kanal dessen inhaltliche Relevanz zu den Bedürfnissen des Auftraggebers zu dokumentieren, wobei die Begriffe "Bedürfnissen des Auftraggebers" unterstrichen sind. Weiter ist gemäss Zuschlagskriterium ZK 1.2.4 "Beobachtungsportfolio internationale Medien" zu jedem Medium, dessen inhaltliche Relevanz "zu den Bedürfnissen des Auftraggebers" zu dokumentieren, wobei auch hier die Worte "Bedürfnissen des Auftraggebers" unterstrichen sind (vgl. E. 7.1.4 hiervor).

**7.5.3.2** Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Anforderungen und Kriterien sind dabei so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (vgl. zum Ganzen BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteil des BVGer B-5017/2019 vom 19. Februar 2020 E. 2.7 "Datennetzwerkkomponenten").

**7.5.3.3** Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage, worin die spezifischen Bedürfnisse des ETH-Rats, der ETH Zürich und EPFL sowie der vier Forschungsinstitutionen PSI, WSL, Empa und Eawag, bzw. deren Kommunikationsstellen als Besteller und Nutzer (Pflichtenheft, S. 6), liegen, ist die Ziffer 2.3 "Hauptzielsetzung Mediamonitoring und Mediamonitoring-Portal" des Pflichtenhefts. Von Bedeutung sind namentlich folgende der bereits erwähnten (vgl. E. 7.5.2.2 hiervor) strategischen Ziele, die durch die Medienbeobachtung erreicht werden sollen (Pflichtenheft, S. 7, Ziff. 2.3):

"[I]n der Optimierung der wirkungs- und reputationsorientierten Unterstützung der Führungsträger im globalisierten und medialisierten Wettbewerb der Hochschulen und Forschungsinstitutionen;

[...]

einer Ausdehnung der Mediamonitorings auf die Onlineberichterstattung und auf Social Media sowie weiterhin Früh- und Sonntagslieferdiensten für die Clippings;

[...]"

Zur Frage, zu welchen Institutionen Informationen gesammelt und verwendet werden sollen, kann auf die Hauptzielsetzungen in Ziff. 2.3 des Pflichtenhefts verwiesen werden, die durch die Zielsetzung für den Sample Print und die RTV-Medien Schweiz (Nr. 1) mit einem Fokus auf "den für ETH-Rat / Institutionen des ETH-Bereichs und ihre Standorte relevanten regionalen und lokalen Medien" unterstrichen werden. Die der Zielsetzung der für den ETH-Bereich relevanten Branchen-, Verbands-, und Organisationsmedien betont die "Stakeholder des ETH-Bereichs" (Nr. 3) und die angehängte Liste mit ausländischen Leitmedien (Nr. 4) wiederholt, dass der Fokus auf die "für den ETH-Bereich relevanten Wissenschaftsstandorte" gelegt werden solle. Es ist demnach davon auszugehen, dass mit der Medienbeobachtung Informationen zum ETH-Rat und den Institutionen insbesondere auch als Wissenschaftsstandorte sowie über weitere Anspruchsgruppen im Umfeld dieser Institutionen gesammelt werden sollen. Zugleich werden mit dem Sample die gewünschten Kategorien Print und RTV Schweiz (Nr. 1), Onlinemedien (Nr. 2), für den ETH-Bereich relevante Branchen-, Verbands- und Organisationsmedien (Nr. 3), ausländische Leitmedien (Nr. 4) und wissenschaftliche und populärwissenschaftliche Fachmedien (Nr. 5) vorgegeben.

**7.5.3.4** Es genügt dabei für das Mediamonitoring, wenn die Bedürfnisse hinreichend klar beschrieben werden, um ein der Zielsetzung nach Ziff. 2.3 des Pflichtenhefts gerecht werdendes Angebot an zu beobachtenden Medien einreichen zu können. Die einen gewissen Detaillierungsgrad erreichende Beschreibung der Bedürfnisse ist vor allem wichtig, wenn, wie vorliegend, eine hohe Qualität der Dienstleistung anvisiert wird. So reicht es nicht aus, rudimentäre Informationen zu gewünschten Inhalten und Suchbegriffen vorzugeben, weil ein Angebot für Kunden zusammenzustellen ist, die mit dem Monitoring ihre Reputation "im globalisierten und medialisierten Wettbewerb der Hochschulen und Forschungsinstitutionen" (Pflichtenheft, Ziff. 2.3) prüfen und verbessern wollen und dafür auf ein differenziertes Mediensample setzen. Aufgrund dieser hoch gesteckten Ziele der ETH kann entgegen dem Vorbringen der Vergabestelle auch nicht der Vergleich mit dem Medienbeobachtungsauftrag anderer Anbieter gezogen werden,

die von Kunden für den Medienmonitoringauftrag lediglich die Angabe von Suchbegriffen verlangen (vgl. die Vernehmlassung in der Hauptsache, Rz. 31 ff.).

**7.5.3.5** Zu prüfen bleibt demnach, ob die Bedürfnisse in den Ausschreibungsunterlagen nach der Massgabe der Zielsetzung in Ziff. 2.3 des Pflichtenhefts ausreichend detailliert beschrieben wurden. Der Gutachter bleibt zunächst vorsichtig in Bezug auf Aussagen darüber, ob die Bedürfnisse der Vergabestelle genügend klar dargelegt werden, um der im Pflichtenheft gesetzten Zielsetzung mit einem Angebot gerecht zu werden. In diesem Sinne legt er dar, dass auf den ersten Blick nicht ersichtlich werde, was die Vergabestelle hätte besser machen können, um Bewerbern ihren Medienbeobachtungsbedarf näher zu bringen (Gutachten, S. 3), und dass es beiden Anbietern gelungen sei, sich in die Herausforderung hineinzudenken, die die Medienbeobachtung im Feld des naturwissenschaftlich-technischen Universitäts- und Forschungsbetriebs stellt. Für die Beschwerdeführerin sei dies aber sicherlich schwieriger gewesen (Gutachten, S. 4). Zugleich führt er aber aus, dass die strategischen Ziele weiter differenziert werden sollten für einen Dienstleister, der massgeschneidert einen Vorschlag für die Medienbeobachtung zur gesamten für den ETH-Bereich relevanten Berichterstattung erarbeiten solle (Gutachten, S. 3). Die Vergabestelle greift dies auf und interpretiert dahingehend, dass die Unterlagen nach Aussagen des Gutachters detailliert beschrieben seien und dem Gutachter nichts Wesentliches eingefallen sei, was die Vergabestelle hätte besser machen können (abschliessende Stellungnahme der Vergabestelle, Rz. 6 ff., Rz. 29, Rz. 30). Die Beschwerdeführerin erwidert, sie sei in Unkenntnis des Mediensamples von vorneherein nicht in die Lage versetzt worden, ein wettbewerbsfähiges Angebot einzureichen (abschliessende Stellungnahme der Beschwerdeführerin, Rz. 22).

**7.5.3.6** Im Ergebnis beurteilt die Beschwerdeführerin die Erkenntnisse des Gutachters im Kern richtig, indem sie seine Ausführungen so versteht, dass es aus fachtechnischer Sicht Hinweise dafür gibt, dass sie nicht in die Lage versetzt worden ist, ein konkurrenzfähiges Mediensample einzureichen, weil die massgebenden Bedürfnisse nicht genügend detailliert beschrieben worden sind. In diesem Zusammenhang ist zunächst noch einmal in Erinnerung zu rufen, dass die Vergabestelle bewusst anspruchsvolle und zukunftsorientierte Vorgaben im Sinne einer ganzheitlichen Sicht auf die möglichen Themen der Medienbeobachtung macht (vgl. E. 7.5.3.4 hiavor), weshalb der Gutachter denn auch feststellt, dass der ETH als einer der

angesehensten technischen Universitäten der Welt im Konzert der Schweizer Universitäten, die ihrerseits professioneller als anderswo Kommunikation betreiben, die Führungsrolle zukommen dürfte (Gutachten, S. 2). Aus der Zielsetzung in Ziff. 2.3 des Pflichtenhefts ergeben sich dementsprechend die strategischen Ziele, die mit der Ausschreibung verfolgt werden. Eine Konkretisierung der Medienbeobachtung im Rahmen der Beschreibung der operativen Zielsetzung in Ziff. 2.3 fehlt aber weitgehend. Ausserdem wird im Pflichtenheft in Ziff. 2.2 zum ETH-Rat und den sechs Institutionen des ETH-Bereichs und damit zu den Bedürfnisträgern auf einen Internet-Link verwiesen, womit zu den Bedürfnisträgern vorwiegend öffentlich verfügbare Informationen abgegeben werden. Dabei erfolgt zwar im Rahmen der Zielsetzung eine grobe Eingrenzung, aus der sich aber nur vage ableiten lässt, wessen Informationsbedürfnisse mit der Medienbeobachtung vor allem befriedigt werden sollen (vgl. E. 7.5.3.3 hiervor).

Insbesondere bleibt aber nicht nur aus der fachtechnischen Sicht des Experten, sondern auch aus rechtlicher Sicht mit Blick auf das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot (vgl. E. 7.1 hiervor) sowie die Zielsetzung von Art. 16a aVöB, welche auch im Rahmen einer funktionalen Ausschreibung relevant bleibt (vgl. E. 7.5.1.2 i.V.m. E. 7.5.3.1 hiervor), thematisch zu unklar, worauf die Bedürfnisse der Auftraggeberseite ausgerichtet sind. Zwar ergeben sich aus der Anforderung "wirkungs- und reputationsorientierter Unterstützung" gewisse Anhaltspunkte. Indessen bedürfen diese offensichtlich weiterer Konkretisierung. Gerade unter reputationsorientierter Unterstützung lässt sich vieles verstehen. Das kann relativ defensiv das Sammeln von Hinweisen für reputationssensitive Vorgänge bis zu einer offensiveren Strategie, die das Thematisieren organisationaler Resilienz generell oder jedenfalls im Hochschulbereich mitumfasst, interpretiert werden. Einer Anbieterin wird insgesamt nicht klar, welche Themen mit der Medienbeobachtung abgedeckt werden sollen, um dem ETH-Rat und den Institutionen des ETH-Bereichs das gewünschte massgeschneiderte Angebot machen zu können. Anhaltspunkte dazu bieten allenfalls die Suchkriterien und -muster. Der Anhang A8 zum Pflichtenheft informiert die Anbieter über das "gemeinsame Suchmuster" bzw. die Art und Weise, wie nach relevanten Medienausschnitten gesucht werden soll, und über die spezifischen Suchkriterien und Suchmuster. So wird zum Beispiel als spezifisches Suchkriterium und -muster "7. Hochschulpolitik (inkl. Forschungspolitik) [...]" zusammen mit zahlreichen Anspruchsgruppen dieser Politik aufgelistet oder aber es wird auf "Forschungsprojekte: Human Brain Project [...]" eingegangen. Daraus lässt sich herleiten, worin die Informationsbedürfnisse des ETH-Rats und der Institutionen des ETH-Bereichs rein

thematisch liegen könnten. Es handelt sich allerdings nur um bruchstückhafte und indirekte Hinweise, aus denen auf die Bedürfnisse geschlossen werden könnte. Schliesslich werden in Anhang A9 "Filterkriterien Media-monitoring-Portal" aufgelistet, wobei diese Liste über allgemein gehaltene Filter informiert und daher keine Rückschlüsse auf die Bedürfnisse zulässt.

Die Bedürfnisse könnten zudem in gewissem Umfang, wenn auch indirekt, aus den Mediensamples hergeleitet werden. Die technischen Spezifikationen TS 22 ("Social-Media-Kanäle") und TS 23 ("internationale Medien") weisen denn auch auf den Anhang A7 (vgl. E. 7.2.3 hiervor). Der Anhang A7 des Pflichtenhefts enthält Listen, namentlich von Nachrichtenagenturen, internationaler Presse und Social Media. Anhang A7 des Pflichtenhefts verweist wiederum auf gewisse Mindestvorgaben zu bestimmten Nachrichtenagenturen (7 Agenturen), zur internationalen Presse (19 Titel) und zu Social Media (10 Titel). Bereits die Menge der in den Unterlagen gelisteten Samplemedien im Vergleich zur Anzahl tatsächlich eingereichter Medien (Angebot der Zuschlagsempfängerin 2'499 Medientitel und Angebot der Beschwerdeführerin 2'310 Medientitel) ergibt, dass es sich bei den angehängten Medienlisten höchstens um eine kleine Orientierungshilfe handeln kann.

Die Bedürfnisse, welche Medienkategorien bevorzugt werden, ergeben sich zumindest teilweise aus der Ausschreibung. Der Fokus solle demnach prioritär auf lektorierten schweizerischen nationalen und regionalen Print-, Online- und RTV-Medien (Radio, Television), auf ausgewählten internationalen Tages- und Fachmedien (Print und Online) sowie auf den wichtigsten Social Media Kanälen liegen (Ausschreibung, Ziff. 2.6). Daraus ergibt sich jedenfalls, dass Informationen zur Verankerung der Einheiten des ETH-Bereichs im jeweiligen lokalen Kontext ebenfalls interessieren. Zudem ergibt sich aus der Antwort zur Frage 3 im Fragenkatalog eindeutig, dass die Medienbeobachtung im Jahr 2018 80 Prozent Printmedien und 20 Prozent Onlinemedien ausgemacht hat (SIMAP-Fragenkatalog vom 17. Dezember 2019, Projekt-ID 196126, Frage 3), wobei sich daraus keine Regel für die aktuelle Ausschreibung herleiten lässt.

Die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Informationen geben gesamthaft einer Anbieterin somit höchstens eine vage Idee davon, welche Medientitel angeboten werden könnten, um den Zuschlag zu erhalten. Sie geben aber jedenfalls keine hinreichend detaillierte Auskunft über die Bedürfnisse der involvierten Stellen des ETH-Bereichs, sodass sich eine An-

bieterin mit für sie hinreichender Sicherheit danach richten und ihre Stärken in ein Angebot einfließen lassen könnte. Anzugeben wären dafür im Sinne der zu nach dem Beschaffungsrecht zu verlangenden Mindestangaben (vgl. E. 7.5.3.1 hiervor) die Bedürfnisse, aus denen sich das Sample ableiten liesse und aus denen die Anbieterin erkennen könnte, wie sie sich von anderen Anbietern differenzieren kann. In diesem Rahmen wäre etwa relevant, was in Bezug auf die Reputation des ETH-Rats und/oder der Institutionen des ETH-Bereichs erwartet wird oder wie die Rahmenbedingungen des Forschungsstandorts Schweiz oder wie tief die Hochschulpolitik insbesondere des Bundes mitanalysiert werden soll. Ohne solche Angaben sind die Unterlagen nicht genügend differenziert, um einer Anbieterin zu ermöglichen, gestützt darauf ein konkurrenzfähiges Angebot einreichen zu können. Der Schlüsselsatz des Gutachtens dazu lautet: "Was sich konkret an Erwartungen hinter der gewünschten 'Optimierung der wirkungs- und reputationsorientierten Unterstützung der Führungsträger im globalisierten und mediatisierten Wettbewerb der Hochschulen und Forschungsinstitutionen' verbirgt, erschliesst sich im Folgenden (meint: aus den Ausführungen gemäss den Ausschreibungsunterlagen) nur bedingt." (Gutachten, S. 3). Zwar weist die Vergabestelle zutreffend darauf hin, dass gewisse Äusserungen des Gutachters auch in die Gegenrichtung weisen (vgl. E. 7.5.3.5 hiervor). Dies gilt namentlich für die Aussage, wonach ihm zur Frage, was konkret die Auftraggeber hätten besser machen können, nichts Wesentliches Eingefallen sei (Gutachten, S. 3). Diese Passagen wollen aber nicht die wesentliche Erkenntnis relativieren, sondern zeugen vielmehr vom Bemühen des Gutachters, beiden Parteien und ihrer Interessenlage gerecht zu werden. Entscheidend ist schliesslich die gutachterliche Feststellung, wonach die ambitionierten strategischen Ziele "weiter aufgedröselt werden sollten" (Gutachten, S. 3). Aufgrund dieser Feststellung kommt das Gericht zum Schluss, dass - aus rechtlicher Sicht - der Mindeststandard in Bezug auf die gerade für eine funktionale Beschaffung (mangels vollständigen Leistungsverzeichnisses im Sinne von Art. 16a Abs. 1 aVöB) wichtige Beschreibung der mit der Beschaffung zu erreichenden Ziele vorliegend nicht erfüllt ist, womit das Transparenzgebot wie auch das Gleichbehandlungsgebot verletzt sind. Mit der rechtskonformen Beschreibung der Bedürfnisse ist jedenfalls auch dem allfälligen Risiko Rechnung getragen, dass die Zuschlagsempfängerin als bisherige Anbieterin durch ihre bisherige Tätigkeit und mögliche auftraggeberseitige Rückmeldungen zu ihrer Medienbeobachtung gegenüber der Beschwerdeführerin allenfalls einen unerwünschten Informationsvorsprung hat.

**7.5.3.7** Nach der Analyse der Ausschreibungsunterlagen stellt sich die Frage, ob auch aus den Angeboten, die im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens bei der Vergabestelle eingegangen sind, gewisse Schlüsse gezogen werden können in Bezug auf die Frage, ob die Bedürfnisse der Auftraggeberseite konkreter darzulegen gewesen wären. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin umfasste für das Zuschlagskriterium ZK 1.2.2 eine Medienbeobachtungsliste mit 1'173 Printmedien (Print Schweiz), 47 RTV-Medien und 1'279 Onlinemedien, mithin insgesamt 2'499 Medientitel, die von der Vergabestelle als relevant angesehen wurden (vgl. Evaluationsbericht, Ziff. 5.4.2.1). Demgegenüber hat die Beschwerdeführerin ein Angebot mit 421 Printmedien (Print Schweiz), 333 RTV-Medien, 1'556 Onlinemedien eingereicht, insgesamt 2'310 Medientitel, die von der Vergabestelle als relevant betrachtet wurden (vgl. Evaluationsbericht, Ziff. 5.4.2.2). In diesem zahlenmässigen Unterschied im Angebot zweier professioneller Dienstleister ist ein zusätzliches Indiz für eine mangelhafte Beschreibung der Bedürfnisse zu sehen (siehe auch Gutachten, S. 5), auch wenn die Vergabestelle dazu bemerkt, dass die Beschwerdeführerin insoweit einschlägige Hinweise ignoriert habe (vgl. E. 7.4.5.1 hiervor). Allein schon die Menge der Medientitel und die unterschiedlichen Bedürfnisse im ETH-Bereich der zu bedienenden Medienstellen sprechen ausserdem dafür, diese Bedürfnisse – keineswegs zwingend mit Hilfe von Mediensamples bzw. Titellisten, wohl aber im Sinne der Umschreibung der spezifischen Interessen insbesondere der verschiedenen Medienstellen – in den Ausschreibungsunterlagen festzuhalten (siehe auch das Gutachten, S. 5).

**7.5.4** Die Beschwerdeführerin kann – wie festgestellt (vgl. E. 7.5.2.3 hiervor) – nicht verlangen, dass auftraggeberseitig vollständige Medienlisten vorgegeben werden. Daraus, dass die Beschwerdeführerin die Bedürfnisse näher darzulegen hat, lässt sich aber entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin auch nicht der Schluss ziehen, dass die Vergabestelle gezwungen ist, die Beschwerdeführerin mit dem bisher offerierten Mediensample der Zuschlagsempfängerin zu bedienen. Die Vergabestelle weist auch zu Recht darauf hin, dass insoweit mit Blick auf die Geschäftsgeheimnisse der bisherigen Anbieterin Zurückhaltung geboten ist (vgl. dazu auch die Abweisung des entsprechenden Akteneinsichtsgesuchs der Beschwerdeführerin mit Zwischenverfügung B-1606/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 6.3). Solange die Bedürfnisse der Auftraggeberseite hinreichend klar beschrieben werden, kann auch ohne dieses Mediensample ein konkurrenzfähiges Angebot eingereicht werden. Die Beschreibung der Bedürfnisse kann indessen durchaus mit einer Liste beispielhaft dargelegter einzelner Medien einhergehen, was die Vergabestelle mit der Angabe der im Anhang

A7 des Pflichtenhefts "Liste der Social Media Kanäle" und "internationale Medien" auch getan hat. Diese Listen dienen gemäss Anhang A3 des Pflichtenhefts dazu, die technischen Spezifikationen TS22 und TS23 abzudecken. Zugleich dienen sie als Orientierungshilfen für die Bewertung anhand der Zuschlagskriterien ZK 1.2.3 und ZK 1.2.4.

**7.5.5** Nach dem Gesagten erweisen sich die Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich der für die Zielsetzung des ETH-Rats und der ETH-Institutionen in Bezug auf die Bedürfnisse als nicht genügend detailliert und differenziert. Die Rüge der Beschwerdeführerin, soweit sie vorbringt, dass die Ausschreibungsunterlagen keine ausreichenden Informationen enthalten, um gestützt darauf unter Berücksichtigung der technischen Spezifikationen und der einschlägigen Zuschlagskriterien eine qualitativ ansprechende Offerte einzureichen, ist demnach begründet. Die Bedürfnisse müssen näher geklärt und in den Ausschreibungsunterlagen detaillierter umschrieben werden, weil die Angaben des ETH-Rats trotz Betonung des hohen Qualitätsanspruchs und der Erwartung einer massgeschneiderten Lösung keine genügende Orientierung bieten, was von den Anbieterinnen in Bezug auf die Medienbeobachtung erwartet wird (vgl. E. 7.5.3 hiervor).

**7.6** Nachdem sich die Ausschreibungsunterlagen bereits zufolge Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots als rechtswidrig erweisen, erübrigen sich Ausführungen zur Frage, ob die Vergabestelle von einem besonders engen Anbietermarkt ausgehen musste, womit sich allenfalls aus der Wettbewerbszielsetzung ergänzende Vorgaben ableiten lassen würden. Damit muss im vorliegenden Zusammenhang auch auf die Beantwortung der Gutachterfrage 2 betreffend die Überschaubarkeit des Anbietermarktes nicht im Detail eingegangen werden (vgl. dazu indessen E. 8.5.6 hiernach).

## **8.**

**8.1** Die Beschwerdeführerin beanstandet die Ausschreibungsunterlagen auch in Bezug auf die Ausgestaltung der Taxonomie unter ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio". Die Bewertungsmatrix unter ZK 1.2.2 wird im Pflichtenheft wie folgt beschrieben (Pflichtenheft, Anhang A4):

| Nr.      | Beschreibung   | Dokumentationsanforderungen  | Angewendete Taxonomie   | Punkte |
|----------|--|--|---|--------|
| ZK 1.2.2 | <p><b>Medienbeobachtungsportfolio</b></p> <p>Das angebotene Mediamonitoring deckt die spezifischen Bedürfnisse des ETH-Rats und die der sechs Institutionen des ETH-Bereichs umfassend und breit gefächert ab.</p> | <p>Der Anbieter liefert eine oder mehrere an die spezifischen Bedürfnisse des ETH-Rats sowie der sechs Institutionen des ETH-Bereichs individuell zusammengestellte und umfassende Medienbeobachtungsliste(n) gemäss dem im Pflichtenheft genannten Mediensample (Kapitel 2.3) sinnvoll unterteilt nach Medien/Titeln.</p> | <p>Die Punktevergabe zu diesem Kriterium wird wie folgt vorgenommen:</p> <p>4) Der Anbieter, dessen eingereichte(n) Medienbeobachtungsliste(n) quantitativ die grösste Anzahl der Medien beinhaltet, die in der Beurteilung der Fachpersonen die spezifischen Bedürfnisse[n] des ETH-Rats sowie der sechs Institutionen des ETH-Bereichs abdecken respektive relevant sind, erhält 100% der Punkte.</p> <p>5) Der Anbieter, dessen eingereichte(n) Medienbeobachtungsliste(n) quantitativ die kleinste Anzahl der Medien beinhaltet, die in der Beurteilung der Fachpersonen die spezifischen Bedürfnisse[n] des ETH-Rats sowie der sechs Institutionen des ETH-Bereichs abdecken respektive relevant sind, erhält 0% der Punkte.</p> <p>6) Die Anbieter, deren eingereichte(n) Medienbeobachtungsliste(n) quantitativ eine Anzahl der Medien beinhaltet, die in der Beurteilung der Fachpersonen die spezifischen Bedürfnisse des ETH-Rats sowie der sechs Institutionen des ETH-Bereichs abdecken respektive relevant sind und quantitativ in der Anzahl zwischen der quantitativ grössten Medienbeobachtungsliste gemäss Punkt 1) und besten und der quantitativ kleinsten Medienbeobachtungsliste gemäss Punkt 2 erhalten gemäss linearer Interpolation zwischen 100% und 0% eine[n] Anteil der Punkte.</p> | 1'000  |

## 8.2

**8.2.1** Die Beschwerdeführerin rügt, die Vergabestelle missachte durch ihre Bewertung unter ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio", dass nach

Art. 21 aBöB das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält. Die Beschwerdeführerin habe für die Bewertung unter dem zentralen Qualitätskriterium ZK 1.2.2 keine Punkte erhalten. Die Vergabestelle habe bei diesem Kriterium die Qualität der beiden Anbieterinnen als gleichwertig eingestuft und sich als Proxy für die Bewertung der Qualität und Relevanz auf die Anzahl der angegebenen Quellen gestützt. Diese binäre Bewertungstaxonomie stelle keinerlei Bezug zur Relevanz der angebotenen Quellen her und sei damit als Qualitätskriterium gänzlich ungeeignet (Beschwerde, Rz. 62 ff.). Dabei komme man nicht umhin, anzuerkennen, dass man die Taxonomie unter ZK 1.2.2 so verstehen durfte und musste, dass die Relevanz sowie die Repräsentativität der Quellen durch Fachpersonen in irgendeiner Form bewertet werden. Die Vergabestelle sei jedoch den Nachweis oder eine schlüssige Erklärung zu einer solchen Relevanzprüfung jedwelter Art sowohl in der Begründung des Zuschlagsentscheids als auch im Rechtsmittelverfahren schuldig geblieben und belasse es bei der un belegten Behauptung, wonach die von der Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde erwähnte signifikante Erhöhung der Anzahl Quellen unter ZK 1.2.2 auch nicht besser bewertet worden wäre (Beschwerde, Rz. 82 f.; Replik in der Hauptsache, Rz. 39).

Die Vergabestelle habe zwar mit ihrer Stellungnahme einen Versuch unternommen, die Bewertung des Zuschlagskriteriums zu objektivieren, indem sie erkläre, dass beim Angebot der Beschwerdeführerin von 333 RTV-Medien nur 68 aus der Schweiz stammten. Mit dieser Begründung bleibe aber unklar, ob nun möglichst viele RTV-Medien aus der Schweiz für den ETH-Rat und seine sechs Bereiche als relevant erachtet worden wären (Replik in der Hauptsache, Rz. 40 f.). Ausserdem seien die eingereichten 1'173 Medien Print Schweiz der Zuschlagsempfängerin nach Angaben der Vergabestelle relevanter als die 421 Medien Print Schweiz der Beschwerdeführerin. Auch diesem Vorbringen könne nicht gefolgt werden, weil es aufgrund der gemäss Aussage der Vergabestelle überschaubaren Medienlandschaft Schweiz nicht nachvollziehbar sei (Replik in der Hauptsache, Rz. 42). Schliesslich sei die Erklärung der Vergabestelle zu beanstanden, aus Ziff. 3.1 des Pflichtenhefts sei ersichtlich gewesen, dass die grösste Anzahl Clippings, nämlich 18'000 Clippings, aus schweizerischen nationalen, regionalen und fachlichen sowie internationalen Print- und Online-medien zu liefern gewesen wären. So sei in der Branche für Medienbeobachtung bekannt, dass eine kleine Anzahl von Medien sich als äusserst ergiebig erweisen und einen Anteil von weit über 50 Prozent des Clippingvolumens zu generieren vermögen, womit sich aus der Anzahl Clippings

im Pflichtenheft keine Vorgabe im Hinblick auf die Anzahl der Quellen herleiten lasse (Replik in der Hauptsache, Rz. 45). Liesse sich aus der Anzahl Clippings das Gewicht der verschiedenen Medienarten ableiten, könne nach Ziff. 3.1 nur davon ausgegangen werden, dass die Printmedien ein grösseres Gewicht gegenüber den RTV Medien aufweisen (Replik in der Hauptsache, Rz. 44).

### **8.3**

**8.3.1** Die Vergabestelle entgegnet, die Zuschlagskriterien, deren Gewichtung und Bewertung seien in den Ausschreibungsunterlagen detailliert und abschliessend dargelegt worden. Für alle Anbieter sei bekanntgegeben worden, dass die quantitativ grösste Anzahl relevanter Medien ausschlaggebend bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" sein werde. Eine Bewertung nach der Relevanz der gelisteten Medien sei nicht vorgesehen. Die Beschwerdeführerin sei durch die Vergabestelle auch nicht im Glauben gelassen worden, dass die Anzahl der abgedeckten Quellen nicht von Belang sei (Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 40 ff.; Duplik in der Hauptsache, Rz. 26).

**8.3.2** Es habe keine undifferenzierte, rein quantitative Bewertung der Anzahl der offerierten Medien auf den Beobachtungslisten stattgefunden. Bei der Relevanz sei aber nur zwischen gegeben und nicht gegeben unterschieden worden. Eine Abstufung nach der Qualität der relevanten Medien sei dagegen nicht vorgenommen worden und in den Ausschreibungsunterlagen auch nicht vorgesehen gewesen. Da beide Anbieter nach Einschätzung der Vergabestelle eine Medienbeobachtungsliste angeboten haben, welche die Bedürfnisse des ETH-Rats sowie der sechs Institutionen des ETH-Bereichs abdecken, sei die Quantität der Medien entscheidend gewesen (Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 47 f.; Vernehmlassung in der Hauptsache, Rz. 45 ff.). Alle offerierten relevanten Medien seien gleich gewertet worden, unabhängig davon, ob es sich um Print-, Online- oder RTV Medien handelt. Den Printmedien sei in der Evaluation in Übereinstimmung mit der Ausschreibung kein höheres Gewicht beigegeben worden. Relevante Medien seien unabhängig von ihrer Art gezählt worden. Ebenso wenig zielführend sei die Darstellung der Beschwerdeführerin, dass sie die grössere Anzahl Medien offeriert hätte, wenn nur auf Onlinemedien abgestellt worden wäre (Duplik in der Hauptsache, Rz. 28).

**8.3.3** Selbst wenn die Bewertung des ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" so geändert würde, dass die Medien quantitativ und nach deren Relevanz qualitativ bewertet werden, wäre das Angebot der Beschwerdeführerin gestützt auf die Ausführungen in Ziff. 51 der Stellungnahme vom 15. April 2020, wonach die Vergabestelle bei beiden Anbietern die Relevanz der angebotenen Medien für den ETH-Rat und die sechs Institutionen des ETH-Bereichs berücksichtigt habe, obwohl diese beim Angebot der Beschwerdeführerin nicht zweifelsfrei gegeben war, weiterhin schlechter zu beurteilen als jenes der Zuschlagsempfängerin. Auch wenn die Taxonomie so geändert würde, dass sich die Angebotsunterschiede nicht so stark auswirken wie in den Ausschreibungsunterlagen für ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" vorgesehen, würde das Angebot der Zuschlagsempfängerin insgesamt weiterhin mehr Punkte erhalten. Schliesslich würde, wenn die Beschwerdeführerin wie die Zuschlagsempfängerin im ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" die Maximalpunktzahl erhielte, sie immer noch den zweiten Rang erreichen, denn die Beschwerdeführerin könne den Punkterückstand wegen ihres teureren Preisangebots (ZK 2) nicht aufholen (Vernehmlassung in der Hauptsache, Rz. 61 f.).

Die erneute Bewertung würde sogar zu einem Abzug beim Angebot der Beschwerdeführerin beim ZK 1.2.3 "Social-Media-Beobachtungsportfolio" und ZK 1.2.4 "Beobachtungsportfolio internationale Medien" führen. Die Vergabestelle habe in ihrer Evaluation der Angebote der Beschwerdeführerin fälschlicherweise die volle Punktzahl von jeweils 250 Punkten vergeben. Gemäss dem Katalog der Zuschlagskriterien werde aber die volle Punktzahl bei diesen ZK nur erreicht, wenn mehr als 5 zusätzliche Medien angeboten würden. Bei 3 bis 5 zusätzlichen Medien sei je ein Abzug von 50 Prozent der Punkte vorzunehmen. Die Beschwerdeführerin habe in ihrem Angebot nur jeweils fünf zusätzliche internationale Medien aufgeführt. Bei den ZK 1.2.3 und ZK 1.2.4 wäre daher bei einer erneuten Bewertung der Angebote anhand derselben Kriterien beim Angebot der Beschwerdeführerin ein Abzug von jeweils 125 Punkten, das heisst insgesamt 250 Punkten, vorzunehmen. Auch aus diesem Grund wäre das Evaluationsergebnis dasselbe (Vernehmlassung in der Hauptsache, Rz. 64 ff.). Es sei festzuhalten, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin selbst ohne Berücksichtigung der Mediensplits mehr relevante Medien enthalte als dasjenige der Beschwerdeführerin. Auch diese Rüge würde somit nicht zu einer anderen Bewertung der Angebote führen (Vernehmlassung in der Hauptsache, Rz. 55).

## 8.4

**8.4.1.1** Das wirtschaftlich günstigste Angebot wird gemäss Art. 21 Abs. 2 aBöB ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik und technischer Wert. Anhand der Zuschlagskriterien wird der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots konkretisiert; diese sind im Einzelfall zu bestimmen und unter Angabe ihrer Gewichtung bekannt zu geben (Urteile des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.3 "Strombeschaffung für die Post" und B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.1 "Kurierdienst BAG I"; MATTHIAS HAUSER, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2001, S. 1405 ff., S. 1406; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 831). Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift (vgl. Urteile des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2 "Strombeschaffung für die Post", B-6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2 "6-Streifen-Ausbau Härkingen-Wiggertal" und B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.2 "Kontrollsystem LSV"). Dasselbe gilt auch in Bezug auf die Ausgestaltung der Bewertungsmethode (Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018, auszugsweise publiziert als BVGE 2018 IV/2, E 7.2 "Produkte zur Innenreinigung I" und Urteil des BVGer B-2457/2020 vom 23. August 2021 E. 7.4.1.2 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 1"; vgl. auch Art. 31 aBöB und dazu wiederum GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1388 und 1390 mit Hinweisen).

**8.4.1.2** Nach der Rechtsprechung soll die Qualität namentlich bei hoher Gewichtung hinreichend differenziert beurteilt werden können (vgl. zum Ganzen BVGE 2018 IV/2 E. 7.4 "Produkte zur Innenreinigung I"; Urteil des BVGer B-2457/2020 vom 23. August 2021 E. 8.4.2.1 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 1"; Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 5.6 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2").

## 8.4.2

**8.4.2.1** Vorliegend hat die Beschwerdeführerin bei den Zuschlagskriterien ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" und ZK 1.3.2 "Produkteportfolio" keine Punkte erhalten (Evaluationsbericht, S.16 f., S. 19 ff.). Strittig ist, ob Relevanz bedeutet, dass und inwieweit hier über den rein quantitativen Vergleich hinaus die Einschlägigkeit der Medientitel hätte bewertet werden

müssen. Die Beschwerdeführerin rügt hinsichtlich der Bewertung, die Vergabestelle habe durch die rein quantitative Bewertung der Medienhits die gemäss Ausschreibung angekündigte qualitative Bewertung nicht vorgenommen, was eine Verletzung des Transparenzgebots darstelle (Beschwerde, Rz. 4). Im Rahmen der Ausschreibung formulierte Beurteilungskriterien sind so auszulegen, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten (BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; BVGE 2017 IV/3 E. 4.5 "Mobile Warnanlagen"; vgl. E. 7.5.3.2 hier vor). Im vorliegenden Fall war zwar aufgrund der Ausschreibungsunterlagen möglich, aber nicht zwingend zu erwarten, dass für das ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" die Relevanz der Medienhits qualitativ im Sinne eines Subkriteriums bewertet wird (so aber Beschwerde, Rz. 69 ff. und Rz. 84 ff.). Insoweit liegt die Vergabestelle richtig (Vernehmlassung in der Hauptsache, Rz. 45 ff.). Obwohl vorliegend die mit 50 Prozent gewichtete Qualität dem mit 30 Prozent gewichteten Preis und der mit 20 Prozent gewichteten Lösungspräsentation gegenübersteht, könnte die Beschwerdeführerin ein solches Subkriterium im Sinne einer Relevanzprüfung mit Blick auf den Ermessensspielraum der Vergabestelle auch nicht erstreiten, namentlich da die 1'000 für das ZK 1.2.2 vergebenen Punkte 10 Prozent der gesamten Gewichtung entsprechen (vgl. Ausschreibung, Ziff. 2.10 und Pflichtenheft, Ziff. 5.1, Anhang A4 zum Pflichtenheft, S. 1, wonach die Erfüllung der Qualitätsbewertung 50 Prozent ausmacht und wonach die Qualität mit insgesamt 5'000 Punkten bewertet wird; vgl. E. 8.4.1.2 hier vor).

**8.4.2.2** Was aufgrund der Beschreibung der Zuschlagskriterien aber mindestens zu erwarten gewesen wäre, ist, dass allfällige nicht relevante Medienhits nicht mitgezählt werden (vgl. Beschwerde, Rz. 83, so sinngemäss auch die Vergabestelle, Vernehmlassung in der Hauptsache, Rz. 46). Das bedeutet, dass naheliegend gewesen wäre, dass im Evaluationsbericht separat dokumentiert wird, dass die entsprechende Prüfung ergeben habe, dass alle angebotenen Medien relevant sind, wenn diese nachher rein quantitativ bewertet werden sollen. Demgegenüber wird im Evaluationsbericht nur festgestellt, dass die Anzahl der eingereichten Medien bei der Beschwerdeführerin die kleinste bzw. bei der Zuschlagsempfängerin die grösste Anzahl an Medien aller eingereichten Medien sei und daher mit dem Wert 0 bzw. 1'000 zu bewerten sei (Evaluationsbericht, S. 16 und S. 19 f.). Das spricht eher dafür, dass die Relevanz faktisch gar keine Rolle gespielt hat, was aber mit Blick auf die nachfolgenden Ausführungen letztlich offen bleiben kann.

## 8.5

**8.5.1** Die Beschwerdeführerin beanstandet auch die Abstufung der Taxonomie unter ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio", wodurch für die quantitativ grösste Anzahl 1'000 Punkte und für die kleinste 0 Punkte vergeben werden, wobei für Angebote, die zwischen diesen Extremen liegen, eine lineare Interpolation stattfindet. Diese Taxonomie sei nur anwendbar, wenn mindestens drei Anbieterinnen am Verfahren teilnehmen, denn die mit der Bewertungsmethode vorgesehene lineare Interpolation für die Bewertung der Angebote, deren Anzahl Medien zwischen derjenigen des Angebots mit der grössten und der kleinsten Anzahl Medien liege, könne erst bei einer Mindestanzahl von drei Anbietern zum Tragen kommen. Mit einer Gewichtung von einem Zehntel der Gesamtpunktzahl werde der Zuschlagsentscheid mit der angewandten zweistufigen Taxierung beim ZK 1.2.2 dagegen vorweggenommen (Beschwerde, Rz. 62 ff., Rz. 66 ff., Rz. 79 ff.).

**8.5.2** Die Vergabestelle hält dem entgegen, nach der zum ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" bekanntgegebenen Taxonomie seien an denjenigen Anbieter, dessen eingereichte Medienbeobachtungsliste quantitativ die grösste Anzahl relevanter Medien beinhalte, 1'000 Punkte vergeben worden, während der Anbieter mit der kleinsten Anzahl solcher Medien keine Punkte erhielt. Da es sich um das zentrale Kriterium handle, sollte sich die Bewertung der verschiedenen Angebote auch deutlich unterscheiden (Vernehmlassung in der Hauptsache, Rz. 51; Vernehmlassung zu den prozessualen Anträgen, Rz. 43 ff.). Damit habe auch dem tatsächlichen klaren Unterschied zwischen den beiden Angeboten Rechnung getragen werden können. So habe die Zuschlagsempfängerin relevante 1'173 Medien Print Schweiz, 47 RTV Medien und 1'279 Online-Medien angeboten. Im Vergleich dazu sei das Angebot der Beschwerdeführerin wenig auf die Vergabestelle individualisiert erschienen, denn es habe nur 421 Medien Print Schweiz, dagegen aber 333 RTV Medien, wovon 68 aus der Schweiz stammten, sowie 1'556 Onlinemedien enthalten. Unter diesen Umständen sei die Bewertung eindeutig gewesen und die Differenzierung durch die Taxonomie mit 1'000 Punkten für das klar bessere Angebot der Zuschlagsempfängerin und 0 Punkten für die Beschwerdeführerin sachgerecht (Vernehmlassung in der Hauptsache, Rz. 51 ff.).

**8.5.3** Die Zuschlagskriterien und ihre Beurteilungsmatrix sind gemäss Art. 27 Abs. 1 aVöB im Voraus bekannt zu geben. Dazu gehört auch die

Bekanntgabe von Subkriterien, jedenfalls soweit diese nicht ausschliesslich dazu dienen, ein publiziertes Kriterium zu konkretisieren (Zwischenentscheide des BVGer B-3238/2021 vom 18. Oktober 2021 E. 6.3.1 "Google/Public Cloud " und B-879/2020 vom 26. März 2020 E. 6.3.1 "Produkte zur Aussenreinigung II"; vgl. zum der Vergabestelle zustehenden Ermessensspielraum in Bezug auf die Bewertungsmethode E. 8.4.1.1 hier- vor).

#### **8.5.4**

**8.5.4.1** Aus der in Erwägung 8.1 hiervor dargestellten Tabelle ergibt sich, dass in Bezug auf das Zuschlagskriterium ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" jedenfalls bei zwei Anbietern faktisch eine zweistufige Taxonomie angewendet wird. Diese Taxonomie ergibt sich aus Ziff. 6.4.1 des Pflichtenhefts sowie aus dem Katalog der Qualitätsanforderungen (Anhang 4). Vorliegend hat die Zuschlagsempfängerin unter dem Zuschlagskriterium ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" 100 Prozent der Punkte (1'000 von insgesamt 5'000 Punkten bei optimaler Erfüllung der qualitativen Zuschlagskriterien) und die Beschwerdeführerin 0 Prozent der Punkte erhalten. Die Zuschlagsempfängerin hat dabei insgesamt 2'499 relevante Medientitel angegeben und die Beschwerdeführerin 189 weniger. Nach der Logik der angewandten Taxonomie wäre das Angebot der Beschwerdeführerin auch dann mit 0 Prozent der Punkte und dasjenige der Zuschlagsempfängerin mit 100 Prozent der Punkte zu bewerten, wenn die Beschwerdeführerin nur einen einzigen (relevanten) Titel weniger als die durch die Zuschlagsempfängerin offerierten 2'499 Medientitel angegeben hätte. Darin ist jedenfalls bei einem engen Anbietermarkt ein Indiz zu sehen, dass die angewandte Bewertungsmethode zu einer allenfalls nicht sachgerechten übersteigerten Differenzierung zwischen den Angeboten in Bezug auf die Bewertung der Qualität führt.

**8.5.4.2** Dabei ist auf die Ursache der übersteigerten Differenzierung einzugehen. Vorliegend ist unter ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" eine Taxonomie gewählt worden, bei der die Punktzahl für Anbieter, die weder die höchste noch die geringste Punktzahl erhalten haben, mit einer linearen Interpolation zwischen 100 Prozent und 0 Prozent vorgenommen wird. Zu prüfen ist demnach, ob davon auszugehen war, dass nur wenige Anbieterinnen im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens Angebote einreichen werden, womit im vorliegend eingetretenen Extremfall faktisch eine zweistufige Taxonomie zur Anwendung gelangt, was der eigenen Ankündigung

der Vergabestelle, eine dreistufige Taxonomie bzw. eine solche mit linearer Interpolation sei anwendbar, im Ergebnis widerspricht.

**8.5.4.3** Die Vergabestelle führt im Rahmen der Vernehmlassung aus, dass die nach ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsportfolio" vorgesehene Taxonomie sich so deutlich ausgewirkt habe, sei dem von der Vergabestelle nicht vorhersehbaren Umstand geschuldet, dass nur zwei Angebote eingereicht wurden. Es sei aber mit vier bis fünf Angeboten gerechnet worden. Dies entspreche einem Erfahrungswert der Vergabestelle. Ausserdem hätten zwanzig Firmen die Ausschreibungsunterlagen heruntergeladen (Vernehmlassung in der Hauptsache, Rz. 60 ff.).

### **8.5.5**

**8.5.5.1** Die Einschätzung der Angebotsseite auf dem Markt für Medienbeobachtung könnte relevant für den Entscheid sein, da sich aus dieser ergibt, ob die dreistufige Taxonomie überhaupt angewandt werden kann, indem eine hinreichende Anzahl Anbieter infrage kommt. Dementsprechend wurde dem im vorliegenden Verfahren eingesetzten Gutachter die folgende Gutachterfrage 2 gestellt:

"2. Lässt sich aus fachtechnischer Sicht die Aussage der Vergabestelle, wonach der Schweizer Anbietermarkt in Bezug auf die Medienbeobachtung "überschaubar" ist, plausibilisieren?"

Diese ist mit Verfügung vom 25. Februar 2021 im Ergebnis dahingehend präzisiert worden, dass sich die Aussage der Vergabestelle nicht auf den Anbietermarkt, sondern auf die Medienlandschaft bezieht, aber an der Gutachterfrage inhaltlich festgehalten wird. Der Gutachter legt zur Angebotsseite des Marktes für Dienstleistungen zur Medienbeobachtung dar, qualifizierte Dienstleistungen, die über blosses Clipping hinausgingen, seien nicht ganz billig und nach wie vor kein selbstverständlicher Bestandteil des Kommunikationsmanagements in Wirtschaft, Politik und Gesellschaft. Sichtbar seien Media Tenor und das fög der Universität Zürich. Weitere Anbieter seien Prime Research, Observer und Cision, also eine Handvoll Firmen, wobei Cision kürzlich Prime Research übernommen habe, was auf Konzentrationsprozesse im Anbietermarkt hindeute. Es sei davon auszugehen, dass der Markteintritt in die Schweiz durch einige Besonderheiten wie Sprachregionalität auf kleinem Territorium für ausländische Mitbewerber erschwert sei. Angesichts der Marktengde und des differenzierten Pflichtenhefts sei nicht verwunderlich, dass sich nur zwei Anbieterinnen gemeldet haben. Das Pflichtenheft beinhalte ein grosses Leistungsspektrum

und ziele selbst dort auf ein umfassendes Sample ab, wo möglicherweise auch eine kleinere repräsentative Auswahl ihren Zweck erfüllen könnte (Gutachten, S. 6 f.).

**8.5.5.2** Die Beschwerdeführerin hält dazu fest, nach den Aussagen des Gutachters seien nur wenige mittelgrosse und grössere Anbieter in der Lage gewesen, qualifizierte Dienstleistungen für die Medienbeobachtung anzubieten und zu erbringen. Räumlich und sachlich sei der Markt jedoch nur schwer zu überschauen. Aus der Sicht der Anbieterstruktur stehe die vorliegende Beschaffung aufgrund gewichtiger Unternehmenstransaktionen grundsätzlich einem nicht von vorneherein zu überschauenden Teilnehmerfeld offen. Dieses sei durch das Festlegen eines umfassenden Leistungsspektrums durch die Vergabestelle auf wenige Anbieter eingegrenzt worden. Aus Sicht der Vergabestelle sei es daher bereits bei der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen erkennbar gewesen, dass nur wenige Anbieter an der Ausschreibung teilzunehmen vermögen (abschliessende Stellungnahme der Beschwerdeführerin, Rz. 16 ff.).

**8.5.5.3** Die Vergabestelle führt dazu aus, dass es den Gutachter gemäss seinen Ausführungen zur zweiten Gutachterfrage zwar nicht verwundert habe, dass nur zwei Anbieter ein Angebot unterbreitet hätten. Zugleich nenne er aber selbst fünf zusätzliche mögliche Anbieter. Zudem schliesse er nicht aus, dass weitere internationale Anbieter infrage kommen. Ferner lege er dar, die Ausgestaltung der Ausschreibung und die Taxonomie der Zuschlagskriterien sei gemäss den Aussagen zum Anbietermarkt angemessen. Diese Aussage treffe umso mehr zu, wenn berücksichtigt werde, dass gemäss der Liste der interessierten Unternehmen effektiv 18 nationale und internationale Anbieterinnen am Auftrag der Vergabestelle interessiert gewesen seien (abschliessende Stellungnahme der Vergabestelle, Rz. 15).

**8.5.6** Die Aussage des Gutachters geht dahin, dass der Anbietermarkt begrenzt ist und aufgrund von Markteintrittsschranken zumindest nicht damit zu rechnen ist, dass weitere Anbieter in absehbarer Zeit in den Markt eintreten werden. Es sei nicht erstaunlich, dass sich auf die Ausschreibung der ETH nur zwei Anbieter *gemeldet* hätten. Diese Aussage des Gutachters zur fachtechnischen Frage der Marktmenge im Bereich der Medienbeobachtung fällt in seine Fachkompetenz, womit ihr grundsätzlich erhöhte Glaubwürdigkeit zukommt (vgl. E. 7.4.2 hiavor). Zugleich schränkt er selbst die Tragweite seiner Aussage insoweit ein, als er anmerkt, dass nur

aufwändigere Recherchen bei den Anbietern selbst Klarheit ergeben würden. Er weist auch korrekt darauf hin, dass derartige Recherchen mit dem richterlichen Ersuchen um Plausibilisierung vom Gutachterauftrag nicht abgedeckt sind (Gutachten, S. 6). Nachdem indessen die vorliegende Beschwerde bereits mit Blick auf die mangelhaften Ausschreibungsunterlagen gutzuheissen ist, kann letztlich offen bleiben, ob die Taxonomie der Vergabestelle mit Blick auf die geringe Zahl der zu erwartenden Angebote rechtswidrig war. Festzuhalten ist jedenfalls, dass sich im Rahmen des Vergabeverfahrens gezeigt hat, dass nur zwei Angebote eingegangen sind. Damit erscheint im Rahmen der anzuordnenden gerichtlichen Rückweisung klar, dass die von der Vergabestelle ursprünglich allenfalls in rechtskonformer Weise angewandte Taxonomie im Rahmen der Anpassung der Ausschreibungsunterlagen so nicht mehr verwendet werden können. Damit hilft der Vergabestelle auch das Argument nicht, dass bei der letzten Ausschreibung fünf Angebote eingereicht wurden (Vernehmlassung in der Hauptsache, Rz. 60).

**8.5.7** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vergabestelle im Rahmen der Anpassung der Ausschreibungsunterlagen in Bezug auf das ZK 1.2.2 jedenfalls eine andere als die von der Beschwerdeführerin beanstandete Taxonomie verwenden müssen.

## **9.**

**9.1.1** Die Beschwerdeführerin rügt, die Evaluation der Angebote sei nicht korrekt abgelaufen und das Evaluationsteam befangen gewesen. Dafür bezieht sie sich auf die Bereinigung der AGB, wonach die Anbieterin nicht Inhaberin der Urheberrechte an den Clippings sein müsse und ein Haftungsausschluss für Forderungen Dritter aus Urheberrechtsverletzungen, welche den Rahmen des Eigengebrauchs überschritten hätten, bestehe. Mit dieser bilateralen Nachbereinigung, mit nur einer von zwei Anbieterinnen sowie des Zugeständnisses der Vergabestelle an nur eine Anbieterin, den Besonderheiten des Auftrags damit Rechnung zu tragen, verletze die Vergabestelle die Gebote der Gleichbehandlung und der Transparenz in schwerwiegender Weise (Replik in der Hauptsache, Rz. 33).

Zur Begründung beruft sie sich darauf, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin am 3. Januar 2020 eingegangen sei und das von der Vergabestelle erstellte Offertöffnungsprotokoll vom 6. Januar 2020 datiere. Aus dem Inhalt der offengelegten Vorakte 4.1 "Nachbereinigung Zuschlags-

empfängerin" erschliesse sich, dass die Vergabestelle, namentlich der Leiter des Evaluationsteams, die Zuschlagsempfängerin am 17. Februar 2020 zum EK 11 betreffend die Akzeptanz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des ETH-Bereichs für Dienstleistungsaufträge sowie der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Informatikdienstleistungen kontaktiert habe. Beim E-Mail sei es darum gegangen, dass die Vergabestelle die spätere Zuschlagsempfängerin ersucht habe, bis zum 27. Februar 2020 die durch die Vergabestelle vorgesehenen Einschränkungen zu akzeptieren und auf weitere Derogationen zu verzichten. Sodann sei ein Anruf an die Zuschlagsempfängerin erfolgt und gleichentags die Antwort an die Vergabestelle durch den Vertreter der Zuschlagsempfängerin eingegangen. Der konstitutive Zuschlagsentscheid sei am 18. Februar 2020 durch den Präsidenten des ETH-Rats ergangen. Es bleibe unklar, weshalb der Leiter des Evaluationsteams am Vortrag der Vergabe die Frist zur Bestätigung der Akzeptanz der AGB bis zum 27. Februar 2020 angesetzt habe, da diese Frist erst neun Tage nach dem Vergabeentscheid durch den Präsidenten abgelaufen wäre. Der darauf erfolgte Anruf an die Vergabestelle deute an, dass der Zeitplan kurzfristig geändert wurde und die Vergabestelle unter Zugzwang gekommen sei (Replik in der Hauptsache, Rz. 7 ff.).

Die Vergabestelle habe sich mit der Kontaktaufnahme am 17. Februar 2020 unter gleichzeitigem Unterbreiten eines von ihr ausgearbeiteten Lösungsvorschlags für die Anpassung der AGB für eine Mischform des nachträglichen Anpassens eines Eignungskriteriums und einer Rückfrage an die Anbieterin entschieden, ohne jedoch, wie bei einer nachträglichen Anpassung zu fordern wäre, allen Anbietern eine Nachfrist zwecks Angebotsbereinigung einzuräumen. Sie habe die Nachbereinigung mit ihrem Vorschlag und der redaktionellen Ausarbeitung stattdessen selber vorgenommen. Sie habe so darauf hingewirkt, dass ein Eignungskriterium nachträglich erfüllt werden könne. Das Evaluationsteam habe aktiv darauf hingewirkt, dass das EK 11 "Akzeptanz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)" doch noch erfüllt werde, indem es der Anbieterin und späteren Zuschlagsempfängerin eine Einschränkung zu den AGB unterbreitete und vorformulierte und im E-Mail bereits eine Berücksichtigung im Vertrag ankündigte, sodass das Angebot doch noch berücksichtigt werden könne, obwohl noch nicht feststand, wer das Angebot der Medienbeobachtung erhalten werde. Eignungskriterien könnten aber nicht Gegenstand von Verhandlungen nach Art. 20 aBöB und Art. 26 aVöB sein. Die Vergabestelle habe damit die neutrale Zone verlassen und in mehrfacher Hinsicht das Transparenzgebot und den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Anbieter verletzt (Replik in der Hauptsache, Rz. 14 ff.).

**9.1.2** Es könnte argumentiert werden, die Nachbereinigung habe nur dazu gedient, überzogene Anforderungen in den AGB zu bereinigen, weil entgegen der im EK11 "Akzeptanz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)" festgehaltenen Anforderung, wonach eine Anbieterin Inhaberin der Urheberrechte der zu liefernden Medienartikel sein solle, die Anbieterin aufgrund der erlaubnisfreien Nutzung unter der Schrankenbestimmung des Art. 19 des Urheberrechtsgesetzes nicht zwingend Inhaberin der Urheberrechte sein müsse. Dabei sei aber zu beachten, dass es sich vorliegend um die bilaterale Nachbereinigung in einem laufenden Beschaffungsverfahren gehandelt hätte (Replik in der Hauptsache, Rz. 24). Darüber hinaus stünde aufgrund des ebenfalls eingefügten Haftungsausschlusses in Ziff. 2 für Forderungen Dritter aus Urheberrechtsverletzungen, welche den Rahmen des Eigengebrauchs überschritten hätten, eine weitere Nachbereinigung im Raum, welche von der Vergabestelle ohne innere Notwendigkeit vorgenommen wurde (Replik in der Hauptsache, Rz. 25). Zudem würde im E-Mail vom 17. Februar 2020 verlangt, dass die Anbieterin einen gleichzeitigen Verzicht auf weitergehende Derogationen im Angebot erkläre. Die Vergabestelle räume der Anbieterin die Möglichkeit ein, allfällige sich im Angebot befindlichen weiteren inhaltlichen Widersprüche ausserhalb der AGB-Einschränkungen auf einen Schlag auszuräumen (Replik in der Hauptsache, Rz. 26).

Die Vergabebehörde müsse im Grundsatz die Eignung der Offerten aufgrund der Verhältnisse bei der Einreichung der Offerte sowie der zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Unterlagen prüfen. Das beschriebene Vorgehen sei vor dem Hintergrund, dass die Eignung nicht Teil von Verhandlungen nach Art. 20 aBöB und Art. 26 aVöB sein könne, als Verstoss gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz zu verstehen. Ein Angebot mit wesentlichen Formfehlern müsste dem Grundsatz nach vom Verfahren ausgeschlossen werden, selbst wenn es das günstigste Angebot sein sollte. Aufgrund der Verhältnismässigkeit und/oder der Untersuchungsmaxime könne eine Rückfragepflicht der Vergabebehörde bestehen, sodass ein Angebot, das bei der Einreichung nicht den festgelegten Eignungskriterien entspricht, bereinigt werden müsse. Entscheidend sei jedoch, dass die Vergabestelle alle Anbietenden gleich behandeln solle (Replik in der Hauptsache, Rz. 22 ff.).

**9.1.3** Die beschriebene Nachbereinigung dokumentiere ausserdem die Befangenheit der Vergabestelle exemplarisch, weil ihr Motiv nicht die vergaberechtskonforme Abwicklung der Ausschreibung, sondern das Bestreben, noch bestehende Hürden der bisherigen Leistungserbringerin auf dem

Weg zum Zuschlag auszuräumen, gewesen sei (Replik in der Hauptsache, Rz. 32).

## 9.2

**9.2.1** Die Vergabestelle entgegnet, sie habe sämtliche Eignungskriterien vor dem Entscheid über den Zuschlag geprüft und im Zeitpunkt des Zuschlags als bei beiden Anbietern als erfüllt eingestuft. Ausserdem sei zu beiden eingegangenen Angeboten eine vollständige Evaluation vorgenommen worden (Duplik in der Hauptsache, Rz. 8). In der Offerte der Zuschlagsempfängerin seien wegen der urheberrechtlichen Problematik allerdings Vorbehalte bezüglich der AGB angebracht worden. Es sei daher geboten gewesen, diesen Punkt vor dem Zuschlagsentscheid zu klären (Duplik in der Hauptsache, Rz. 9). Der Leiter des Evaluationsteams habe am 17. Februar 2020 die Zuschlagsempfängerin zunächst telefonisch informiert, dass ihr anschliessend eine E-Mail mit einem Vorschlag betreffend die AGB-Problematik im Sinne ihres Angebots zugestellt und sie im Lichte dieses Vorschlags um ausdrückliche Bestätigung des EK 11 ersucht werde. Die E-Mail enthalte den vollumfänglichen Inhalt des Telefonats (Duplik in der Hauptsache, Rz. 10). Die Nachbereinigung sei in den Akten der Vergabestelle durch die offen gelegte E-Mail Korrespondenz dokumentiert, womit keine Verletzung des Transparenzgrundsatzes vorliege (Duplik in der Hauptsache, Rz. 11).

Es sei ein übliches Vorgehen, dass kleinere Unklarheiten in einem Angebot, die bei der Evaluation auftauchen und auf die Bewertung keinen Einfluss haben, erst und nur bereinigt würden, wenn die Evaluation an sich abgeschlossen ist. Bereinigt würden diese Punkte dann nur noch mit dem voraussichtlichen Zuschlagsempfänger. So werde unnötiger Aufwand auf Seiten der Vergabestelle und der Anbieter verhindert. Der Zuschlag erfolge selbstverständlich erst, wenn diese Punkte bereinigt seien. Die Nachbereinigung habe vorliegend eine Präzisierung zu den AGB in Bezug auf einen spezifischen Aspekt des Urheberrechts betroffen. Bekanntlich stützten sich die Mediamonitoring-Anbieter auf Art. 19 Abs. 1 Bst. c URG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 URG und die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Pressespiegeln. Die Anbieter seien entgegen den Anforderungen in den AGB der Vergabestelle nicht Inhaber der Urheberrechte und könnten daher auch keine Rechte an den gelieferten Presseauschnitten an die Vergabestelle übertragen. Kein Anbieter würde daher die Haftung für Urheberrechtsverletzungen übernehmen. Die erforderliche Anpassung dieser Klausel sei

versehentlich nicht bereits in den Ausschreibungsunterlagen vorgenommen worden (Duplik in der Hauptsache, Rz. 12 ff.).

Es hätte das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter verletzt und überspitzten Formalismus bedeutet, wenn die Vergabestelle die Zuschlagsempfängerin wegen Nichterfüllung des EK11 aufgrund dieser AGB-Ziffer ausgeschlossen hätte. Zudem seien andere mögliche Anbieter durch dieses Vorgehen nicht diskriminiert worden, zumal allen professionellen Mediamonitoring-Anbietern die rechtlichen Grundlagen ihrer Dienstleistung bekannt seien und für sie daher – sofern sie die AGB der Vergabestelle gelesen haben – klar sein musste, dass sämtliche Konkurrenten die betreffende Ziffer ebenfalls nicht hätten einhalten können (Duplik in der Hauptsache, Rz. 15 f.).

Der von der Vergabestelle unterbreitete Anpassungsvorschlag der AGB-Klausel habe schliesslich inhaltlich der von der Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot vorgebrachten Anpassung entsprochen. Es handle sich inhaltlich nicht um eine Überarbeitung des Angebots der Zuschlagsempfängerin (Duplik in der Hauptsache, Rz. 17). Die Bestätigung durch die Zuschlagsempfängerin sei innerhalb von zwei Stunden erfolgt. Damit sei der Präsentation der Evaluation und dem Entscheid des Präsidenten des ETH-Rats am Folgetag nichts entgegengestanden (Duplik in der Hauptsache, Rz. 18).

**9.2.2** Die Nachbereinigung durch das Evaluationsteam begründe keine Befangenheit. Es sei entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin auch nicht vorgegeben worden, wie die Zuschlagsempfängerin ihr Angebot anzupassen habe. Ferner würden keine Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit eines Mitglieds des Evaluationsteams begründen (Duplik in der Hauptsache, Rz. 20). Die Bestimmung sei im Einklang mit dem Wortlaut der übrigen AGB der Vergabestelle ergänzt worden, weshalb der Ausdruck "Auftragnehmerin" zur Bezeichnung des Mediamonitorings verwendet worden sei (Duplik in der Hauptsache, Rz. 21). Die Situation, dass der bisherige Lieferant aus seiner Geschäftsbeziehung mit der Vergabestelle Personen kenne, die mit einer Neuausschreibung befasst seien, sei in der Praxis sehr häufig anzutreffen. Dieser Umstand stelle für sich keinen Ausstandsgrund dar. Der Umstand sei der Beschwerdeführerin schon lange bekannt und die Rüge in der Replik wäre auf jeden Fall verspätet (Duplik in der Hauptsache, Rz. 22).

### 9.3

**9.3.1** Im Rahmen eines Vergabeverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags mit Eignungskriterien zu prüfen. Die Eignung ist gegeben, wenn sichergestellt ist, dass der konkrete Anbietende den Auftrag in finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfüllen kann. Die Auftraggeberin stellt dazu Eignungskriterien auf (vgl. Art. 9 Abs. 1 aBöB). Die Auftraggeberin gibt die Eignungskriterien und die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (vgl. Art. 9 Abs. 2 aBöB). Fehlende Eignung beziehungsweise das Nichterfüllen der Eignungskriterien führt zum Ausschluss vom Verfahren (vgl. Art. 11 Bst. a aBöB).

**9.3.2** Die Eignungskriterien werden vorliegend im Anhang A2 des Pflichtenhefts beschrieben. Das EK11 "Akzeptanz der allgemeinen Geschäftsbedingungen" fordert, dass die Anbieterin die AGB des ETH-Bereichs für Dienstleistungsaufträge (Stand September 2016) und für Informatikdienstleistungen (Stand Juni 2019) akzeptiert. Die Vergabestelle forderte die Zuschlagsempfängerin während des Vergabeverfahrens dazu auf, das Angebot im Hinblick auf das EK11 "Akzeptanz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)" zu bereinigen, da der Auftrag Besonderheiten aufweist, namentlich, dass die Zuschlagsempfängerin nicht Inhaberin der Urheberrechte der zu liefernden Medienartikel ist (Vorakte 4.1 "Nachbereinigung Zuschlagsempfängerin").

**9.3.3** Das Bundesverwaltungsgericht hat bereits mit Verfügung zur Akteneinsicht vom 7. Oktober 2020 im vorliegenden Verfahren festgehalten, dass gemäss den Vergabeakten die Bereinigung in Bezug auf die AGB am 17. Februar 2020 erfolgte (vgl. Vorakte 4.1 die Bereinigung der AGB am 17. Februar 2020) und die Unterschrift des ETH-Ratspräsidenten zum Evaluationsbericht am 18. Februar 2020 geleistet wurde (vgl. Evaluationsbericht, S. 7), wogegen die im Namen des Evaluationsteams geleistete Unterschrift entgegen den gemäss Formular des Evaluationsberichts verlangten Angaben nicht mit einem Datum versehen sei. Nicht ganz klar sei vor diesem Hintergrund, warum der Zuschlag gemäss der SIMAP-Publikation vom 28. Februar 2020 am 25. Februar 2020 gefällt worden sein solle (vgl. SIMAP-Meldungsnummer 1122237; Projekt-ID 196126). Die Unterschrift des ETH-Ratspräsidenten habe aber jedenfalls konstitutive Wirkung für den Zuschlagsentscheid. Damit erschienen in Bezug auf das Zustandekommen des Evaluationsberichts keine weiteren Abklärungen erforderlich, da der Zuschlagsentscheid prima facie erst nach der Bereinigung erfolgte

(vgl. E. 5.3 hiervor). Auch die im Rahmen des Hauptverfahrens angebrachten Vorbringen lassen keine weitergehenden Zweifel daran aufkommen, dass die Bereinigung der AGB vor der Unterschrift des ETH-Ratspräsidenten erfolgt ist. Damit ist der Ablauf der Evaluation jedenfalls insoweit nicht zu beanstanden, als die Bereinigung vor dem Zuschlag erfolgt ist. Damit müssen zum Ablauf der Evaluation keine weiteren, im Rahmen der Akteneinsichtsverfügung vom 7. Oktober 2020 vorbehaltenen Beweise abgenommen werden. Das gilt insbesondere für die seitens der Beschwerdeführerin beantragte Zeugeneinvernahme.

## **9.4**

**9.4.1** Im Rahmen der Replik in der Hauptsache rügt die Beschwerdeführerin insbesondere eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots (Art. 8 BV). Dem Gleichbehandlungsgebot ist nur dann entsprochen, wenn die Überprüfung von Eignungskriterien bei allen Anbietern nach den gleichen Massstäben erfolgt (Urteil des BVGer B-3803/2010 vom 2. Februar 2011 E. 5.4 mit Hinweis auf MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Die Vergabeprinzipien und ihre Konkretisierung in der Rechtsprechung der BRK, Zürich 2008, Rz. 187, der insoweit von "Bewertungsgleichbehandlung" spricht; vgl. zum Ganzen den Entscheid der BRK 2003-032 vom 15. Juni 2004, publiziert in VPB 68.120 E.2d/aa). Das Gleichbehandlungsgebot ist im Rahmen der Eignungsprüfung namentlich verletzt, wenn die Vergabestelle einen Anbieter deswegen nicht berücksichtigt, weil er ein bestimmtes Eignungskriterium nicht erfüllt, sie aber bei einem anderen Anbieter, der sich "nicht in erheblicher Weise" vom ausgeschlossenen Anbieter unterscheidet, über diese Nichterfüllung hinwegsieht (BEYELER, a.a.O., Rz. 15 mit Hinweisen). Auch ein selektiver Verzicht auf die Eignungsprüfung bei einem oder mehreren als geeignet bezeichneten Anbietern bedeutet einen Verstoß gegen die Gleichbehandlungspflicht (Zwischenentscheid der BRK 2004-004 vom 4. Mai 2004, teilweise publiziert in VPB 68.89, nicht publizierte E. 2b/cc; Zwischenentscheid des BVGer B-6332/2016 vom 21. November 2016 E. 5.3.9 "Erneuerung Videoanlage II"; BEYELER, a.a.O., Rz. 215).

**9.4.2** Das EK 11 "Akzeptanz der allgemeinen Geschäftsbedingungen" wurde nach der Offertöffnung durch die Vorgabe neuer AGB angepasst, um den Umständen der vorliegenden Vergabe Rechnung zu tragen (vgl. Vorakte 4.1). Konkret wurde der Besonderheit Rechnung getragen, dass nur die Nutzungsrechte an den Presseauschnitten bzw. Audio- und Videoaufzeichnungen dem ETH-Rat und den sechs Institutionen des ETH-

Bereichs jeweils zur privaten und innerbetrieblichen Dokumentation und Information im ETH-Bereich zur Verfügung gestellt werden. Diese Anpassung der AGB in Bezug auf die Weiternutzungsrechte wird bei einer Dienstleistung wie der Medienbeobachtung notwendig, um Rechtsstreitigkeiten vorzubeugen. Das gilt offensichtlich für alle möglichen Anbieter. Insofern ist davon auszugehen, dass die auf den Gegenstand des Vergabeverfahrens zugeschnittenen Anpassung der AGB versehentlich nicht bereits in den Ausschreibungsunterlagen verlangt wurde, wobei keine Anbieterin durch die nachträgliche Anpassung einen Nachteil erlitt. Damit fällt eine Ungleichbehandlung mit der Beschwerdeführerin, die nicht behauptet, ihrerseits im Rahmen der Eignungsprüfung strenger behandelt worden zu sein, ausser Betracht. Es gibt auch keinerlei Hinweise, dass die Vergabestelle gegenüber der Beschwerdeführerin auftraggeberseitig andere AGB zur Anwendung gebracht hätte.

**9.4.3** Ausserdem stellt sich die Frage, ob die Vergabestelle verpflichtet gewesen wäre, die spätere Zuschlagsempfängerin wegen Nichterfüllung des einschlägigen Eignungskriteriums auszuschliessen. Dabei braucht nicht weiter erörtert zu werden, ob in der Vorgabe der Einhaltung der AGB ein klassisches Eignungskriterium zu sehen ist. Entscheidend ist vielmehr, ob es zulässig war, den Vorbehalt der Anbieterin durch Nachfrage im Ergebnis unschädlich zu machen, soweit die Vergabestelle an ihren Vorgaben festgehalten hat. Die Beschwerdeführerin verweist in ihrer Replik (S. 11) insoweit richtigerweise auf die Parallele zur Behebung von Formmängeln bzw. zur Behandlung unvollständiger Offerten (vgl. zum Ganzen etwa die Zwischenentscheide des BVGer B-3238/2021 vom 18. Oktober 2021 E. 6.8.2 "Google / Public Cloud" und B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 6.4.3 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"). Dazu ist festzuhalten, dass der bereinigte Punkt nicht von einer Wesentlichkeit ist, welche es der Vergabestelle verbieten würde, die Offerte der Konkurrentin durch Nachfrage zu bereinigen. Namentlich wird nicht geltend gemacht, dass aufgrund anderer Risikoverteilung die Offerte im Ergebnis in ihrem kommerziellen Wert verändert wird. Damit kann der Ausschluss der Zuschlagsempfängerin jedenfalls nicht durch eine Konkurrentin erzwungen werden. Folglich braucht entgegen der Auffassung der Vergabestelle, welche davon ausgeht, dass ein Ausschluss überspitzt formalistisch gewesen wäre, nicht weiter auf die Frage eingegangen zu werden, ob es allenfalls im Ermessen der Vergabestelle gestanden hätte, die Zuschlagsempfängerin auszuschliessen, so sie denn diesen Wunsch gehabt hätte. Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass die AGB-Nachbereinigung seitens der Vergabestelle zulässig

war. Ausserdem erweist sich aufgrund des Gesagten, nachdem der Austausch mit Anbietenden im Sinne eines Mailverkehrs dokumentiert worden ist, der unter anderem den Inhalt des Telefongesprächs beschreibt, auch die Befangenheitsrüge als unbegründet. Die Vergabestelle kann also nach Rückweisung dasselbe Evaluationsteam mit der Neubewertung betrauen.

## **10.**

**10.1** Insgesamt ergibt sich, dass eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin jedenfalls im Beschwerdeverfahren geheilt worden ist (E. 5) und sie die entscheidrelevanten Rügen nicht verspätet erhebt (E. 6). Die Anforderungen an die Leistungsbeschreibung, die sich insbesondere aus dem Transparenz- und dem Gleichbehandlungsgebot ergeben, wurden aber nicht erfüllt, weil die an eine Medienbeobachtung gerichteten Bedürfnisse des ETH-Rats und der sechs Institutionen des ETH-Bereichs dafür nicht genügend detailliert beschrieben wurden (E. 7.5.3). Die Ausschreibungsunterlagen sind um eine entsprechende Umschreibung der Bedürfnisse des ETH-Rats und der sechs Institutionen des ETH-Bereichs zu ergänzen, wobei dies nicht bedeutet, dass sie mit einem Mediensample versehen werden müssen (E. 7.5.4). Damit ist die Beschwerde gutzuheissen. Eine differenziertere Prüfung der Relevanz der eingereichten Medientitel unter ZK 1.2.2 "Medienbeobachtungsliste" kann im vorliegenden Beschwerdeverfahren entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht erstritten werden (E. 8.4.2). In Bezug auf die für die Bewertung unter dem ZK 1.2.2 gewählte Taxonomie ist festzuhalten, dass diese bei besonders engem Anbietermarkt problematisch erscheint. Da in Bezug auf die Rückweisung nach Gutheissung aufgrund des Umstands, dass nur zwei Offerten eingereicht worden sind, hinreichend klar erscheint, dass von einem besonders engen Anbietermarkt auszugehen ist, kann offen bleiben, ob dies für die Vergabestelle zum Zeitpunkt der Ausschreibung vorhersehbar war (E. 8.5). Ebenfalls offen bleiben kann die Frage, ob sich auch die in Bezug auf das ZK 1.3.2 "Produktportfolio" erhobene Bewertungsrüge als begründet erweist. Die Evaluation der Angebote wurde trotz Bereinigung in Bezug auf einen Vorbehalt gegenüber den AGB der Auftraggeberseite rechtskonform und unter Beachtung des Gleichbehandlungsgebots durchgeführt, wobei keine Anzeichen für die Befangenheit von Mitgliedern des Evaluationsteams bestehen (E. 9.4.3).

**10.2** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass bereits die ungenügenden Angaben zu den abzudeckenden Bedürfnissen der Auftraggeberseite, obwohl hervorgehoben wird, wie wichtig deren massgeschneiderte Erfüllung

ist, zur Gutheissung der Beschwerde führt. Nachdem dem Hauptbegehren entsprochen wird, ist auf die Eventualbegehren nicht weiter einzugehen.

Nach Art. 32 Abs. 1 aBöB entscheidet das Bundesverwaltungsgericht entweder in der Sache selbst oder weist diese mit verbindlichen Weisungen an die Auftraggeberin zurück. Letzteres erweist sich vorliegend mit Blick auf den Ermessensspielraum der Vergabestelle bei der teilweisen Neuformulierung der Ausschreibungsunterlagen als sachgerecht (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1395 f.). Nach dem Gesagten ist die Angelegenheit im Sinne der Erwägungen zwecks Überarbeitung der Ausschreibungsunterlagen an die Vergabestelle zurückzuweisen (vgl. dazu den Zwischenentscheid B-2957/2017 vom 23. Juni 2017 E. 5.2.3 "Lüftung Kaserne Thun II"). Insoweit ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Wiederholung des Vergabeverfahrens im Sinne ihrer eigenen Ausführungen zu präzisieren (vgl. dazu E. 4.2.4.3 hiervor). Die Vergabestelle ist dabei zwar befugt und gehalten, die Ausschreibungsunterlagen nebst der Beschreibung ihrer Bedürfnisse (vgl. E. 7.5.5 hiervor) auch in Bezug auf die Bewertungsmethode anzupassen (vgl. E. 8.5.7 hiervor). In Bezug auf die Definition und Gewichtung der Zuschlagskriterien ist sie aber an die Ausschreibung, namentlich deren Ziffer 2.10 "Zuschlagskriterien", gebunden.

## **11.**

**11.1** Die Verfahrenskosten sind den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]).

**11.2** Sowohl in der Hauptsache als auch in Bezug auf den Zwischenentscheid über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung hat die Beschwerdeführerin obsiegt. Damit ist auch im Kostenpunkt unerheblich, ob die Vergabestelle im Rahmen der Begründung der angefochtenen Verfügung den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt hat (vgl. E. 5.4 hiervor). Der Beschwerdeführerin sind deshalb keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art 63 Abs. 1 VwVG) und der von ihr in der Höhe von Fr. 3'000.– geleistete Kostenvorschuss ist ihr zurückzuerstatten. Der Vergabestelle werden als Bundesbehörde ebenfalls keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Das gilt auch für das Honorar des Gutachters.

**11.3** Gestützt auf Art. 64 Abs. 1 VwVG bzw. Art. 15 i.V.m. Art. 5 und 14 Abs. 2 VGKE ist der obsiegenden Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung auszurichten, welche vom Gericht aufgrund der eingereichten Kostennoten vom 9. November 2020, vom 22. Dezember 2020 und vom 1. April 2021 sowie der Aufstellung der Aufwendungen datierend vom 27. April 2021 festzusetzen ist. Die Vergabestelle hat diesbezüglich auf eine Stellungnahme verzichtet. In ihrer Kostennote vom 9. November 2020 macht die Beschwerdeführerin eine Aufwandsentschädigung in der Höhe von Fr. 17'930.40 (exkl. MWST), in derjenigen vom 22. Dezember 2020 eine solche in der Höhe von Fr. 2'096.30 (exkl. MWST), in derjenigen vom 1. April 2021 eine weitere von Fr. 4'482.60 (exkl. MWST) und in der Aufstellung der Aufwendungen datierend vom 27. April 2021 schliesslich einen Aufwand in der Höhe von 4'210.– exkl. MWST geltend. Dies ergibt gesamthaft eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 28'719.30 (exkl. MWST). Der zur Anwendung gelangende Stundenansatz ist nicht zu beanstanden. Auch der fakturierte Aufwand erscheint nicht als zu hoch. Zugunsten der Beschwerdeführerin sind das Zwischenverfahren betreffend die aufschiebende Wirkung und der doppelte Schriftenwechsel im Rahmen des Hauptverfahrens zu berücksichtigen. Ausserdem fällt ins Gewicht, dass im vorliegenden Verfahren ein Gutachten eingeholt wurde. Der geltend gemachte Aufwand war daher notwendig im Sinne von Art. 8 Abs. 2 VGKE. Damit ist der Beschwerdeführerin zulasten der Vergabestelle eine Parteientschädigung in der Höhe von insgesamt Fr. 28'719.30 zuzuerkennen, wobei diese keinen Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE umfasst.

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

#### **1.**

Die angefochtene Zuschlagsverfügung wird in Gutheissung der Beschwerde aufgehoben.

#### **2.**

Die Vergabestelle wird angewiesen, die Ausschreibungsunterlagen im Sinne der Erwägungen anzupassen.

**3.**

Der Antrag, die Vergabestelle sei anzuweisen, sicherzustellen, dass der Leiter des Evaluationsteams und das Evaluationsteam im Rahmen der Neubeurteilung in den Ausstand treten, wird abgewiesen.

**4.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der von der Beschwerdeführerin in der Höhe von Fr. 3'000.– einbezahlte Kostenvorschuss wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**5.**

Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vergabestelle eine Parteient-schädigung in der Höhe von Fr. 28'719.30 zugesprochen.

**6.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 196126; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Zuschlagsempfängerin (Einschreiben)
- den Gutachter (A-Post, vorab in elektronischer Form)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Marc Steiner

Cyrill Schäke

**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 Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 18. Februar 2022