

BVGer B-1191/2020 vom 21. Oktober 2020

Bundesverwaltungsgericht, 2020-10-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1191_2020

FR: TAF B-1191/2020 du 21 octobre 2020

IT: TAF B-1191/2020 del 21 ottobre 2020

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

Die Zuständigkeit zum Entscheid über ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung richtet sich nach der Zuständigkeit in der Hauptsache (Art. 28 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]). Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlags in einem Vergabeverfahren im Anwendungsbereich des BöB (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB).

E. 1.2

Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

E. 1.2.1

Die Vergabestelle ist Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB).

E. 1.2.2

Laut Art. 5 Abs. 1 Bst. c BöB bedeutet der Begriff "Bauftrag" einen Vertrag über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziffer 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 des GPA. Entsprechend der Zuordnung in Ziff. 1.8 der Ausschreibung vom 21. Oktober 2019 handelt es sich bei den vorliegend streitbetroffenen Hochbauarbeiten um einen Bauauftrag im Sinn von Art. 5 Abs. 1 Bst. c BöB. Der Beschaffungsgegenstand fällt somit in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB.

E. 1.2.3

Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB (i.V.m. Art. 6 Abs. 2 BöB und Art. 1 Bst. c der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen [in der hier anwendbaren Fassung vom 22. November 2017 für die

Jahre 2018 und 2019; SR 172.056.12]) gilt für Bauwerke ein Schwellenwert von 8.7 Mio. Fr. Vergibt die Auftraggeberin für die Realisierung eines Bauwerks mehrere (einzelne) Bauaufträge, so ist für die Frage, ob der Schwellenwert erreicht wird, deren Gesamtwert massgebend (vgl. Art. 7 Abs. 2 BöB). Entscheidend ist dabei, ob im Gegenstand eines Bauauftrags ein isoliertes eigenes Bauwerk oder ein Teil eines grösseren Bauvorhabens (Neubau oder Sanierung) zu sehen ist (vgl. Urteile des BVGer B-1662/2020 vom 8. Juni 2020 E. 1.3 und B-913/2012 vom 28. März 2012 E. 4.2.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 309). Erreicht der Gesamtwert des in mehrere (Einzel-)Aufträge aufgeteilten Bauprojekts den Schwellenwert, so braucht die Auftraggeberin nach der sog. Bagatellklausel diese Aufträge nicht nach den Bestimmungen des BöB zu vergeben, wenn der Wert jedes einzelnen Auftrags 2 Mio. Fr. nicht erreicht und der Wert dieser Aufträge zusammengerechnet höchstens 20 Prozent des Gesamtwerts des Bauwerks ausmacht (Art. 14 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11] i.V.m. Art. 7 Abs. 2 BöB). Die Auftraggeberin hat in diesem Fall grundsätzlich die Freiheit zu entscheiden, ob sie den Einzelauftrag den Verfahrensregeln des BöB unterstellen will oder nicht (vgl. Urteil des BVGer B-1662/2020 vom 8. Juni 2020 E. 1.3; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 311 m.w.H.). Die vorliegende Einzelbeschaffung der Baumeisterarbeiten ist unbestrittenermassen Teil des Gesamtbauprojekts "(100133) N07/76 Stützpunkt Müllheim, Ersatz Siegershausen". Die Vergabestelle hat den Gesamtwert des zu realisierenden Neubaus des Nationalstrassenstützpunkts Müllheim schätzungsweise auf Fr. 13'998'143.- beziffert, womit der massgebliche Schwellenwert von 8.7 Mio. Fr. erreicht wird. Der Preis des berücksichtigten Angebots für den streitbetreffenen Einzelbauauftrag beträgt Fr. 1'948'390.25 (ohne MwSt.) und liegt damit unter dem Betrag von 2 Mio. Fr. gemäss der Bagatellklausel im Sinn von Art. 14 VöB. Dadurch, dass sich die Vergabestelle dazu entschieden hat, diesen Auftrag öffentlich auszuschreiben und den Verfahrensregeln des BöB zu unterstellen, bleibt für die Anwendung der Bagatellklausel kein Raum (vgl. Urteil des BVGer B-1662/2020 vom 8. Juni 2020 E. 1.3). Die Beschaffung fällt somit in den Anwendungsbereich des BöB. Ausnahmen im Sinn von Art. 3 BöB sind nicht gegeben.

E. 1.2.4

Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache und damit auch für den Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zuständig.

E. 1.3

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 1.4

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 1.2, mit Hinweisen; Zwischenentscheid des BVGer B-2955/2018 vom 4. Oktober 2018 E. 2.4; vgl. dazu

Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1340, mit Hinweisen).

E. 2

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Sie kann aber durch das Bundesverwaltungsgericht auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB).

E. 2.1

Das BöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 mit Hinweis "Lüftung Belchentunnel"). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als not-wendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 mit Hinweis).

E. 2.2

Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Dasselbe gilt für den Fall, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 "E-Mail-Services für Ratsmitglieder" E. 3.1). Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) "Vermessung Durchmesserlinie" im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2 "Hörgeräte"). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, welche die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen

Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheidendes von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGER 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 mit Hinweis; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification Grolley/FR"). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei - insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweis "Vermessung Durchmesserlinie"; zum Ganzen BVGE 2017 IV/3 E. 3 "Mobile Warnanlagen").

E. 3

Das BöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 BöB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG; BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"; Urteil des BVGer B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 1.2.1 "Geo-Agrardaten"). 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).

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin ist formell beschwert, denn sie hat als Offerentin am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen. Auch ist sie durch die angefochtene Verfügung, mit welcher der Zuschlag nicht ihr, sondern einer Mitbewerberin erteilt wurde, besonders berührt.

E. 3.2

Ein schutzwürdiges Interesse hat ein unterlegener Anbieter praxisgemäss nur dann, wenn er bei Gutheissung seiner Anträge eine reelle Chance besitzt, selbst den Zuschlag zu erhalten (BGE 141 II 14 E. 4 ff. m.w.H. "Monte Ceneri"; Urteile des BVGer B-6295/2017 vom 25. Februar 2020 E. 3.2 und B-7133/2014 vom 26. Mai 2015 E. 1.2). Diese Frage ist aufgrund der vom Beschwerdeführer gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. Die zweitplatzierte Beschwerdeführerin verlangt als Hauptbegehren die Aufhebung der Zuschlagsverfügung vom 11. Februar 2020 sowie die Erteilung des Zuschlags für das Projekt Nr. 194887. Sie macht u.a. geltend, die Bewertung ihrer Offerte mit der Note 2 ("schlechte Erfüllung" [20 Punkte]) beim Zuschlagskriterium ZK 2 ("Qualität / Plausibilität der eingereichten Unterlagen") sei rechtsfehlerhaft. Ihr Angebot sei mindestens mit der Note 3 ("normale, durchschnittliche Erfüllung" [30 Punkte]) zu bewerten. Trifft die Rüge zu - was Gegenstand der materiellen Beurteilung ist -, so würde die Beschwerdeführerin in der Gesamtbewertung (480 statt 470 Punkte; Zuschlagsempfängerin: 479 Punkte) den ersten Rang erreichen, womit sie reelle Chancen auf die Zuschlagserteilung hat. Demgemäss ist die Beschwerdeführerin prima facie zur Beschwerde legitimiert.

E. 3.3

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 30 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 3.4

Nach dem Gesagten ist mithin nicht davon auszugehen, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann.

E. 4

Die Beschwerdeführerin rügt zunächst eine Verletzung der Ausstandspflicht gemäss Art. 10 VwVG (i.V.m. Art. 26 BöB).

E. 4.1

Sie bringt (sinngemäss) vor, das vom 11. Februar 2020 datierende Absageschreiben der Vergabestelle sei von B._____ (bereichsleitender Mitarbeiter der Vergabestelle) unterzeichnet worden, woraus zu schliessen sei, dass er am vorliegenden Vergabeverfahren beteiligt gewesen sei. B._____, handelnd für das ASTRA, habe in einem früheren Verfahren (zwischen 2012 und 2015) im Zusammenhang mit dem von der Beschwerdeführerin geplanten Anschluss eines Grundstücks an den Zubringer der Nationalstrasse eine ablehnende Haltung eingenommen, was damals zu "sehr schwierigen Gesprächen" und "heftigen Diskussionen" zwischen ihm und Vertretern der Beschwerdeführerin geführt habe. Es sei vor dem Hintergrund dieser Ereignisse, die sicherlich einen Eindruck hinterlassen hätten, evident, dass B._____ im vorliegenden Vergabeverfahren gegenüber der Beschwerdeführerin nicht objektiv auftreten könne. Daher hätte er wegen Befangenheit in den Ausstand treten müssen. Insofern sei das Vergabeverfahren mit einem schweren Verfahrensfehler behaftet, weshalb die angefochtene Zuschlagsverfügung vom 11. Februar 2020 aufzuheben sei.

E. 4.2

Die Vergabestelle führt aus, zwar figuriere B._____ als unterzeichnende Person auf den Schreiben vom 16. Dezember 2019 ("Eingangsbestätigung") und 10. Februar 2020 [recte: 11. Februar 2020] ("Absage"), weil hierfür - u.a. um eine allfällige Kontaktaufnahme mit den Projektverantwortlichen im laufenden Submissionsverfahren zu vermeiden - vorgefertigte Korrespondenzvorlagen verwendet worden seien, die standardmässig in der Signaturzeile den Namen des Bereichsleiters [...] enthielten. Tatsächlich sei B._____ indessen weder Teil des Evaluationsteams gewesen (vgl. in Bezug auf dessen Zusammensetzung Ziff. 1.4 des Evaluationsberichts) noch habe er am vorliegenden Vergabeverfahren mitgewirkt, was sich anhand der im Verlaufsblatt aufgeführten Personenkürzel ergebe. Auch seien die betreffenden Schreiben vom 16. Dezember 2019 und 11. Februar 2020 nicht durch ihn, sondern durch den - für die fachliche Betreuung des Vergabedossiers verantwortlichen - Filialjuristen C._____ geprüft und unterzeichnet worden. Die - unbelegten - Vorbringen der Beschwerdeführerin hinsichtlich einer angeblichen Befangenheit von B._____ seien daher nicht relevant. Hinzu komme, dass die Beschwerdeführerin diese - erst im Beschwerdeverfahren vorgebrachten - Einwände im Rahmen des Debriefings vom 19. Februar 2020 mit keinem Wort erwähnt habe, was den Anschein erwecke, dass sie diesbezüglich nach einem Beschwerdegrund "suche".

E. 4.3

Die Anbieter haben im Vergabeverfahren Anspruch auf Beurteilung ihrer Offerten und Durchführung des gesamten Submissionsverfahrens inklusive Zuschlagserteilung durch eine unabhängige und unvoreingenommene Vergabebehörde. Dieser Anspruch ist verfassungsrechtlicher Natur (Art. 29 Abs. 1 BV) und beschlägt jede Verwaltungstätigkeit.

Für die Vergabegeschäfte des Bundes gelangt bezüglich der Ausstandspflicht Art. 10 VwVG zur Anwendung durch Verweis von Art. 26 BöB auf das allgemeine Verwaltungsverfahren des Bundes (Urteil des BVGer B-5452/2015 vom 19. Juni 2018 E. 4.1.1 m.w.H.; Zwischenentscheid B-6588/2018 vom 4. Februar 2019 E. 11.2).

E. 4.3.1

Der Anspruch auf eine unbefangene Entscheidungsinstanz ist formeller Natur. Ein in Missachtung der Ausstandsvorschriften getroffener Entscheid ist daher anfechtbar und aufzuheben, und zwar ohne dass der Anfechtende nachzuweisen hätte, dass der Entscheid ohne Mitwirkung der befangenen Person anders ausgefallen wäre (Urteil des BVGer B-5452/2015 vom 19. Juni 2018 E. 4.1.2; Breitenmoser/Spori Fedail, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 10 VwVG N. 109 m.w.H.). Nach konstanter Rechtsprechung genügt es für die Annahme von Zweifeln an der Unbefangenheit einer Person, wenn Umstände genannt und glaubhaft gemacht werden (BGE 137 II 431 E. 5.2; Urteil des BVGer B-5452/2015 vom 19. Juni 2018 E. 4.1.2), welche objektiv geeignet sind, den Anschein der Befangenheit oder der Gefahr einer Interessenkollision aufkommen zu lassen (vgl. BGE 140 I 326 E. 5.1; 140 III 221 E. 4.1; 136 I 207 E. 3.1; Urteil des BVGer B-5452/2015 vom 19. Juni 2018 E. 4.1.3; Breitenmoser/Spori Fedail, a.a.O., Art. 10 VwVG N. 2 m.w.H.). Auf das subjektive Empfinden der Partei, welche die Befangenheit behauptet, kommt es dabei ebenso wenig an wie darauf, ob die betroffene Person tatsächlich befangen ist (BGE 137 II 431 E. 5.2). Entscheidend ist, wie ein unbefangener und vernünftiger Dritter in der Lage der Verfahrensparteien die Situation einschätzen würde (Breitenmoser/Spori Fedail, a.a.O., Art. 10 VwVG N. 2).

E. 4.3.2

Gemäss Art. 10 Abs. 1 VwVG haben Personen, die eine Verfügung zu treffen oder vorzubereiten haben, dann in den Ausstand zu treten, wenn sie in der Sache ein persönliches Interesse haben (Bst. a), mit einer Partei partnerschaftlich (Bst. b) bzw. verwandtschaftlich (Bst. bbis) verbunden sind, für eine Partei in der gleichen Sache tätig waren (Bst. c) oder - im Sinn eines Auffangtatbestands - "aus anderen Gründen" in der Sache befangen sein könnten (Bst. d). Praxisgemäss ist nicht nur ausstandspflichtig, wer selber verfügt oder (mit-)entscheidet, sondern das Mitwirkungsverbot bezieht sich auf alle Personen, die auf das Zustandekommen des Verwaltungsakts Einfluss nehmen können (vgl. Zwischenentscheide des BVGer B-5452/2015 vom 3. Februar 2016 E. 4.1.5 und B-4852/2012 vom 15. November 2012 E. 5.4).

E. 4.3.3

Nach konstanter Praxis ist ein entsprechendes Ausstandsbegehren zu stellen, sobald der Antragsteller vom Ausstandsgrund Kenntnis erhält. Das verspätete Geltendmachen von Ausstandsgründen verstösst gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und führt zu einer Verwirkung des Anspruchs (BGE 132 II 485 E. 4.3; Urteil des BVGer B-5452/2015 vom 19. Juni 2018 E. 4.1.3; Zwischenentscheid des BVGer B-6588/2018 vom 4. Februar 2019 E. 11.5). Als treuwidrig gilt dabei insbesondere, ein Verfahren trotz Kenntnis eines möglichen Ausstandsgrunds seinen Fortgang nehmen zu lassen, um dann im Fall eines ungünstigen Entscheids - nachträglich - eine Aufhebung aus formellen Gründen zu verlangen (Breitenmoser/Spori Fedail, a.a.O., Art. 10 VwVG N. 104). Ist der angebehrte Ausstand streitig, so entscheidet darüber die Aufsichtsbehörde oder, wenn es sich um den

Ausstand eines Mitglieds einer Kollegialbehörde handelt, diese Behörde unter Ausschluss des betreffenden Mitglieds (Art. 10 Abs. 2 VwVG). Im Beschwerdeverfahren gegen den Hauptsacheentscheid sind erstmals erhobene Ausstandsfragen im Zusammenhang mit Personen der Vorinstanz in der Regel nur noch dann zu hören, wenn der Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren keine Kenntnis von den Ausstandsgründen hatte bzw. wenn deren Geltendmachung nicht möglich oder zumutbar war (vgl. Urteile des BVGer B-5452/2015 vom 19. Juni 2018 E. 4.1.3; Zwischenentscheid des BVGer B-6588/2018 vom 4. Februar 2019 E. 11.6).

E. 4.4

Davon ausgehend, dass der Name von B._____ bereits im Schreiben vom 16. Dezember 2019 ("Eingangsbestätigung") erschien, womit anzunehmen ist, dass die Beschwerdeführerin schon vor Beginn der Evaluationsphase vom präsumierten Ausstandsgrund Kenntnis hatte, ist die vorliegend erst im Beschwerdeverfahren erhobene Ausstandsfrage prima facie als verspätet einzustufen. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin ihre Ablehnung gegenüber B._____ - in unsubstantiiertes Weise - damit begründet, B._____ habe in einem früheren Gesuchsverfahren betreffend den Anschluss eines Grundstücks an den Zubringer der Nationalstrasse an einer Entscheidung gegen die Beschwerdeführerin mitgewirkt, weshalb er im vorliegenden Vergabeverfahren befangen sei. Nach konstanter Rechtsprechung kann eine Verfahrenspartei die Befangenheit und Ausstandspflicht eines Entscheidungsträgers nicht allein damit begründen, dieser habe in einem früheren Verfahren entgegen ihren Rechtsbegehren entschieden oder in einem Entscheid gegen sie mitgewirkt; es müssten vielmehr zusätzliche Ausschlussgründe vorgebracht und im Einzelnen begründet werden (vgl. BGE 114 Ia 278 E. 1; 105 Ib 301 E. 1c; Breitenmoser/Spori Fedail, a.a.O., Art. 10 VwVG N. 95 m.w.H.). Anhaltspunkte für allfällige zusätzliche Ausschlussgründe, namentlich wegen persönlicher Feindschaft, ergeben sich jedoch weder aus den Akten noch aus den unsubstantiierten Vorbringen der Beschwerdeführerin, die damaligen Gespräche mit B._____ seien intensiv geführt worden, zumal darin für sich allein ohnehin keine auf fehlender Distanz und Sachlichkeit beruhende Haltung zu erblicken wäre.

E. 4.5

Prima facie erweist sich somit die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe in Bezug auf B._____ die Ausstandspflicht gemäss Art. 10 VwVG (i.V.m. Art. 26 BÖB) missachtet, als offensichtlich unbegründet.

E. 5

Weiter rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV).

E. 5.1

Sie macht geltend, die Vergabestelle habe den Zuschlagsentscheid vom 11. Februar 2020 ungenügend begründet, da sie der Beschwerdeführerin lediglich die im Rahmen der Angebotsbewertung erteilten Noten und Punktzahlen mitgeteilt habe. Wie "effektiv" bewertet worden sei, ergebe sich daraus nicht. Der verwendete Textbaustein, wonach der Anbieter mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot den Zuschlag erhalten habe, reiche als Begründung offensichtlich nicht aus.

E. 5.2

Gemäss Art. 35 Abs. 1 VwVG sind schriftliche Verfügungen zu begründen. Um dem in Art. 29 Abs. 2 BV 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"). Hinsichtlich der Begründung von Zuschlagsverfügungen im Sinne von Art. 29 Bst. a BöB enthält Art. 23 BöB 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 BöB 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 BöB; Zwischenentscheide des BVGer B-5601/2018 vom 24. April 2019 E. 3.3 und B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 5.2 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"; vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1243 f.).

E. 5.3

Vorliegend legte die Vergabestelle ihrem Absageschreiben vom 11. Februar 2020 eine tabellarische Evaluationsübersicht bei, welcher die Beschwerdeführerin u.a. entnehmen konnte, dass ihr Angebot beim Zuschlagskriterium ZK 2 ("Qualität / Plausibilität der eingereichten Unterlagen") mit der Note 2 ("schlechte Erfüllung; Angaben ohne ausreichenden Projektbezug") bewertet worden war. Wie die Beschwerdeführerin selbst erklärt, wurde ihr diesbezüglich im Rahmen des am 19. Februar 2020 durchgeführten Debriefings mitgeteilt, dass in den eingereichten Unterlagen die Aspekte der Baustellenlogistik (Installationsplan) sowie des Bauprogramms nicht ausreichend kommentiert worden seien. Es ist prima facie davon auszugehen, dass die Vergabestelle mit diesen Informationen der Begründungspflicht insgesamt Genüge getan hat.

E. 5.4

Prima facie erscheint demnach die Rüge der Gehörsverletzung als offensichtlich unbegründet.

E. 6

Sodann wirft die Beschwerdeführerin der Vergabestelle eine rechtsfehlerhafte, willkürliche Bewertung ihrer Offerte hinsichtlich des Zuschlagskriteriums ZK 2 vor.

E. 6.1

Die Ausschreibung vom 21. Oktober 2019 sieht folgende Zuschlagskriterien vor: "[ZK 1] Preis (Gewichtung 90 %)" und "[ZK 2] Qualität / Plausibilität der eingereichten Unterlagen (Gewichtung 10 %)". Das Zuschlagskriterium ZK 2 ist in den Ausschreibungsunterlagen wie folgt definiert (vgl. Beilage Nr. 10 zur Vernehmlassung vom 20. April 2020): "[Ziff. 5.2] Der Technische Bericht des Unternehmers [...] hat mindestens folgende Angaben zu umfassen: - Analyse der Aufgabenstellung aus Sicht des Unternehmers - Beschrieb Konzept Vorgehen, insbesondere für > Einrichtung > Belagseinbaukonzept, inkl. Beurteilung des Etappierungsvorschlags - Vertragsbezogener Terminplan / Bauprogramm > Optimierungen Bauvorgang - Erläuterungen zum Angebot aus Sicht des Unternehmers - Technische Vorbehalte und offene Fragen" Das Angebot der Beschwerdeführerin erhielt beim Zuschlagskriterium ZK 2 20 Punkte (von maximal 50 Punkten) bzw. die Note 2 (von maximal 5), was gemäss der in der Ausschreibung (Ziff. 2.10) publizierten Bewertungsskala einer "schlechte[n] Erfüllung [mit] Angaben ohne ausreichenden Projektbezug" entspricht. Die tiefe Bewertung ihres Angebots beim Zuschlagskriterium ZK

2 ist ausschlaggebend für den Rückstand der Beschwerdeführerin von 9 Punkten auf die Zuschlagsempfängerin (vgl. Beilage Nr. 5 zur Vernehmlassung vom 20. April 2020 [Evaluationsübersicht]; Sachverhaltsabschnitt A.c.).

E. 6.2

Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien steht der Vergabebehörde ein weiter Ermessensspielraum zu, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreift (vgl. Art. 31 BöB; Urteil des BVGer B-2584/2016 vom 30. Juni 2017 E. 3.1; Zwischenentscheide des BVGer B-620/2018 vom 13. Juni 2018 E. 8.2 und B-7479/2016 vom 8. Mai 2017 E. 6.1 m.w.H.; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 976). Eine Korrektur der Noten- bzw. Punktegebung kommt daher nur in Betracht, soweit sich diese nicht nur als unangemessen, sondern vielmehr als rechtsfehlerhaft, namentlich als mit einem qualifizierten Ermessensfehler behaftet, erweist (vgl. Zwischenentscheide des BVGer B-7479/2016 vom 8. Mai 2017 E. 6.1, B-6762/2011 vom 26. Januar 2012 E. 4.1 "Nachträge für die Systematische Sammlung des Bundesrechts" und B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 6.3 "GIS-Software für Rail Geo System"; Urteil des BVGer B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.3 "Kontrollsystem LSVA"). Ermessensmissbrauch liegt lediglich dann vor, wenn die Behörde zwar im Rahmen des ihr vom Gesetz eingeräumten Ermessens handelt, sich aber von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten lässt und insbesondere allgemeine Rechtsprinzipien, wie das Verbot von Willkür oder rechtsungleicher Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, verletzt (Urteil des BVGer B-2584/2016 vom 30. Juni 2017 E. 3.1; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.184 m.w.H.).

E. 6.3

Die Beschwerdeführerin bringt vor, es sei ihr im Rahmen des am 19. Februar 2020 durchgeführten Debriefings mitgeteilt worden, dass beim Zuschlagskriterium ZK 2 die Bewertung ihres Angebots mit der Note 2 im Wesentlichen darauf zurückzuführen sei, dass die eingereichten Unterlagen keine ausreichende Auseinandersetzung mit den Punkten der Baustellenlogistik und des Bauprogramms enthielten. Diese Einschätzung sei indessen nicht nachvollziehbar: So habe die Beschwerdeführerin in Ziff. 3.5 des eingereichten Technischen Berichts explizit darauf hingewiesen, dass sie das Bauprogramm geprüft habe und mit den Terminen einverstanden sei. Da der effektive Baubeginn erfahrungsgemäss selten mit dem geplanten Programm übereinstimme, habe die Beschwerdeführerin ergänzend darauf hingewiesen, dass das definitive Programm mit der Bauleitung festgelegt werden solle. Weshalb dieses Vorgehen, welches in der Praxis üblich sei, eine "schlechte Erfüllung" darstelle, sei nicht erkennbar. Im Zusammenhang mit der Baustelleninstallation habe die Beschwerdeführerin im Technischen Bericht mehrfach auf den Logistikplan gemäss Ausschreibung verwiesen und dabei u.a. festgehalten, dass auch ein kleinerer Kran verwendet werden könne. Insofern sei die Bewertung der Vergabestelle willkürlich. Die Unterlagen der Beschwerdeführerin seien mit der Note 3 oder der Note 4 zu bewerten, da diese - gemäss Bewertungsskala - einer "normalen, durchschnittlichen" (Note 3) bzw. "qualitativ guten" (Note 4) Erfüllung entsprächen.

E. 6.4

Die Vergabestelle führt aus, aus den Ausschreibungsunterlagen (vgl. vorn E. 5.1) gehe klar hervor, dass im Zusammenhang mit dem einzureichenden Technischen Bericht ein "vertragsbezogener Terminplan bzw. Bauprogramm mit Optimierung des Bauvorgangs" verlangt werde. Wie der Evaluationstabelle zu entnehmen sei, habe die Beschwerdeführerin in ihrer Offerte jedoch weder den gesamten Bauablauf aufgezeigt noch entsprechende Optimierungen vorgeschlagen. Ihre diesbezüglichen Ausführungen würden sich im Wesentlichen auf den Hinweis beschränken, dass sie mit den angegebenen Terminen einverstanden sei und dass das definitive Bauprogramm und der Installationsplan nach Abschluss des Vertrages mit der Bauherrschaft erstellt würden. Auch weise ihre Offerte hinsichtlich weiterer Aspekte keine bzw. lediglich marginale Bezugspunkte zum konkreten Projekt auf. So seien sämtliche qualitativen Aspekte in einem lapidaren Stil auf nur fünf Seiten dargestellt worden, wobei mehrheitlich nur die Angaben in den Ausschreibungsunterlagen bestätigt worden seien. Abgesehen von einem konkreten Hinweis betreffend die geologischen Gegebenheiten bestehe ihre Offerte aus allgemeinen, weitgehend austauschbaren Standardhinweisen, die für praktisch jedes Bauvorhaben verwendet werden könnten. Dadurch, dass sich die Beschwerdeführerin ungenügend mit den geforderten Inhalten auseinandergesetzt habe und ihre Offerte daher einer projektbezogenen Auftragsanalyse ermangle, sei die Bewertung mit der Note 2 beim Zuschlagskriterium ZK 2 gerechtfertigt.

E. 6.5.1

Die Vergabestelle hat das Zuschlagskriterium ZK 2 ("Qualität / Plausibilität der eingereichten Unterlagen") in den Ausschreibungsunterlagen näher umschrieben und dabei klar zum Ausdruck gebracht, dass die Offerte eine auf das konkrete Projekt bezogene Aufgabenanalyse inklusive allfälliger Optimierungsvorschläge zu enthalten habe (vgl. die Formulierung "vertragsbezogener Terminplan" bzw. "Optimierung des Bauvorgangs"; vgl. vorn E. 5.1). Die einzelnen Bewertungsstufen hat die Vergabestelle in der Ausschreibung vom 21. Oktober 2019 (Ziff. 2.10) bekanntgegeben. Daraus geht hervor, dass ein "ausreichender Projektbezug" Voraussetzung ist für eine Bewertung mit einer genügenden Note (ab Note 3) (vgl. Note 2: "schlechte Erfüllung; Angaben ohne ausreichenden Projektbezug"). Die Vergabestelle hat sowohl in der Evaluationstabelle als auch ihrer Vernehmlassung in nachvollziehbarer Weise dargelegt, dass die von der Beschwerdeführerin im Technischen Bericht angebrachten Hinweise, dass sie mit den Terminen einverstanden sei bzw. dass das definitive Bauprogramm mit der Bauleitung erstellt werde (vgl. Ziff. 3.5 des Technischen Berichts), sowie die von ihr angeführten Verweise auf den Logistikplan insgesamt zu allgemein gehalten und zu wenig aussagekräftig sind, um darin einen ausreichenden Projektbezug erkennen zu können. In dieser Einschätzung, die sich insofern auf transparent bekanntgegebene sachliche Beurteilungskriterien stützt und im Rahmen des der Vergabestelle zustehenden Ermessens liegt, ist prima facie kein rechtsverletzender Ermessensfehler bzw. ein Verstoß gegen das Willkürverbot zu erblicken.

E. 6.5.2

Soweit sich die Beschwerdeführerin im Übrigen in genereller und unsubstanziierter Weise auf den Standpunkt stellt, die Qualität der von ihr eingereichten Unterlagen entspreche mindestens der Note 3, laufen ihre Vorbringen auf eine bloße Überprüfung der Angemessenheit der Bewertung hinaus. Im Beschwerdeverfahren ist die Rüge der Unangemessenheit unzulässig (Art. 31 BöB).

E. 6.6

Prima facie erweist sich daher die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe ihre Offerte beim Zuschlagskriterium ZK 2 rechtsfehlerhaft bzw. willkürlich bewertet, als offensichtlich unbegründet.

E. 7

Nach dem Gesagten erscheint die Beschwerde somit prima facie als offensichtlich unbegründet. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist mithin abzuweisen, ohne dass eine Interessenabwägung erforderlich wäre.

E. 8

Die Beschwerdeführerin hat umfassende Einsicht in die Akten des Vergabeverfahrens beantragt.

E. 8.1

Dem Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin wurde teilweise entsprochen. Mit Verfügung vom 28. April 2020 erhielt sie Einsicht in die von der Vergabestelle als "öffentlich" bezeichneten Vergabeakten (Vernehmlassungsbeilagen Nr. 1, 3-12 und 14; Dossier 1, Teil Nr. 3, 5 und 6).

E. 8.2

Auch in submissionsrechtlichen Beschwerdeverfahren gilt, dass die Gewährung der Akteneinsicht der Grundsatz, deren Verweigerung die Ausnahme darstellt (Art. 26 ff. VwVG). Vom Einsichtsrecht ausgenommen bleiben freilich jene Akten, bezüglich derer ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse besteht (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1363 ff.). Das Recht auf Akteneinsicht bezieht sich grundsätzlich auf alle für den Entscheid erheblichen Akten. Im Kontext eines Zwischenentscheids über die Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde bedeutet dies, dass die im Hinblick auf diese Frage unterliegende Partei Einsicht in diejenigen Akten erhalten muss, welche für eine allfällige Anfechtung des Zwischenentscheids relevant sein könnten. Die betreffende Partei soll sich aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen ein Bild von der Ausgangslage machen können, um ihre Erfolgchancen abschätzen und gegebenenfalls den Zwischenentscheid fristgerecht anfechten zu können (Zwischenentscheide des BVer B-7062/2017 vom 16. Februar 2018 E. 13.1 und B-6762/2011 vom 26. Januar 2012 E. 8).

E. 8.3

Im Hinblick auf eine allfällige Anfechtung des vorliegenden Zwischenentscheids sind vorliegend im Wesentlichen diejenigen Akten relevant, welche sich auf eine allfällige Mitwirkung von B. _____ sowie auf die vorgenommene Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK 2 beziehen. Dies sind in erster Linie Akten, die der Beschwerdeführerin (teilweise in einer anonymisierten Version) bereits zugestellt worden sind (Vernehmlassungsbeilagen Nr. 3-8 und 14) oder die sie selbst eingereicht hat (Offerte der Beschwerdeführerin). Es ist daher davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin damit über die in diesem Verfahrensstadium für eine allfällige Anfechtung dieses Zwischenentscheids relevanten Informationen verfügt. Inwieweit der Beschwerdeführerin weitere Akteneinsicht in die übrigen Akten des Vergabeverfahrens zu gewähren ist, wird im Hauptverfahren zu entscheiden sein.

E. 8.4

Insofern ist das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin, soweit diesem nicht bereits entsprochen worden ist, einstweilen abzuweisen.

E. 9

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

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.