

# **BVGer B-3311/2009 vom 16. Juli 2009**

Bundesverwaltungsgericht, 2009-07-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-3311\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3311_2009)

FR: TAF B-3311/2009 du 16 juillet 2009

IT: TAF B-3311/2009 del 16 luglio 2009

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungswesen

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gegen den Zuschlag ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BoeB, SR 172.056.1) die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. b i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BoeB). Aber auch die Frage, ob in einem konkreten Fall zu Recht auf ein dem BoeB unterstehendes Vergabeverfahren verzichtet worden ist, kann der Rechtskontrolle nicht entgehen. Ansonsten hätte es die Vergabestelle in der Hand, die richterliche Überprüfung durch die blosser Behauptung der Nichtanwendbarkeit des BoeB zu umgehen. Dies würde dem Zweck sowohl des Gesetzes als auch der staatsvertraglichen Regelung (vgl. dazu Art. XX Ziff. 2 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [Üoeb, SR 0.632.231.422]) widersprechen (BVGE 61/2008 E. 1.1; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] vom 19. Juli 1999, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 64.8 E. 1b/bb mit Hinweisen). Damit ist die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache von vornherein jedenfalls insoweit gegeben, als geltend gemacht wird, es liege bei korrekter Schätzung des Auftragswerts des vorliegend strittigen Teilprojekts 3 bzw. unter der Annahme, dass die Teilprojekt 2 und 3 Teile desselben Bauwerks sind, eine Beschaffung im Anwendungsbereich des BoeB vor.

### **E. 1.2**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BoeB). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das BoeB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BoeB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BoeB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

### **E. 1.3**

Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 VGG auch zuständige Rechtsmittelbehörde, soweit die Beschwerdeführerinnen im Eventual- beziehungsweise Subeventualstandpunkt geltend machen, es liege - wenn das BoeB nicht Anwendung finde - eine anfechtbare Verfügung nach Art. 5 VwVG (materieller Verfügungsbegriff) oder gemäss Art. 25a VwVG (Verfügung über Realakte) vor, beziehungsweise das Bundesverwaltungsgericht habe die Beschwerde jedenfalls gestützt auf Art. 29a BV an die

Hand zu nehmen. Damit ist auch insoweit die Zuständigkeit für die Beurteilung der prozessleitenden Anträge der Beschwerdeführerinnen gegeben. Auf die entsprechenden Begehren ist demnach einzutreten.

#### **E. 1.4**

Nach Art. 39 Abs. 1 VGG entscheidet der zuständige Instruktionsrichter grundsätzlich selbständig über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4393). Aus den Materialien ist indessen nicht ersichtlich, dass Art. 39 Abs. 1 VGG als *lex specialis* zu Art. 55 Abs. 3 VwVG die dort vorgesehene Alternative des Entscheides durch den Spruchkörper ausschliessen will (BVGE 2007/13, nicht publizierte E. 1.3.2). Dies ist umso weniger anzunehmen, als die Beurteilung der aufschiebenden Wirkung in Dreierbesetzung keinen Rechtsnachteil für die Rechtsunterworfenen zur Folge hat (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 1.3 mit Hinweisen). Angesichts der in der Regel herausragenden Bedeutung des Entscheides über die aufschiebende Wirkung in Beschaffungssachen, insbesondere im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlages (Art. 22 Abs. 1 BoeB; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 1. Band, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 413, Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, *Droit des marchés publics*, Fribourg 2002, S. 131), wird die Beurteilung durch den Spruchkörper in der Hauptsache dem Grundgedanken der hinreichenden Legitimationsbasis von Entscheiden oft besser gerecht (BVGE 2007/13, nicht publizierte E. 1.3.2, Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-743/2007 vom 31. Juli 2007 E. 1.4.2; grundsätzlich zustimmend: MARTIN BEYELER, *Baurecht [BR] 2/2007*, S. 86 ff.). Auch im vorliegenden Verfahren ist nach dem Gesagten der Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung durch den Spruchkörper zu beurteilen.

#### **E. 2**

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet allein der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Entsprechend dem Hauptbegehren der Beschwerdeführerinnen ist dabei zunächst zu prüfen, ob das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerde vorliegend gestützt auf Art. 28 Abs. 2 BoeB die aufschiebende Wirkung zu erteilen hat. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BoeB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Die aufschiebende Wirkung kann vom Bundesverwaltungsgericht auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BoeB).

#### **E. 2.1**

Das BoeB selbst nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes jene Grundsätze übernommen werden, welche die Rechtsprechung und Lehre zu 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, 117 V 185 E. 2b mit Hinweisen; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 1802 ff.; PIERRE MOOR, *Droit administratif*, Band II, 2. Aufl., Bern 2002, S. 680 f.). Dass der Gesetzgeber im BoeB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle

Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (BVGE 2007/13 E. 2.1 mit Hinweisen, Entscheide der BRK vom 6. Februar 1998, veröffentlicht in VPB 62.79 E. 2a mit Hinweisen, und vom 16. November 2001, veröffentlicht in VPB 66.37 E. 2c; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., S. 418; MARTIN BEYELER, Die Rechtsprechung zum Vergaberecht, in BR 2006, Sonderheft Aktuelles Vergaberecht 2006, S. 68 ff., insbes. S. 90, mit Hinweisen; BEAT DENZLER/HEINRICH HEMPEL, Die aufschiebende Wirkung - Schlüsselstelle des Vergaberechts, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 313 ff., insbes. S. 317 ff.).

## **E. 2.2**

Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der 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, so ist die angebehrte aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. 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 BRK, die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerinnen an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2.2). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 (GATT-Botschaft 2) 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). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 IVöB fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheids von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des Bundesgerichts 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 mit Hinweisen; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E.3.3). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei - insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a ÜöeB - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweisen).

## **E. 3.1**

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1773/2006 vom 25. September 2008, teilweise veröffentlicht in BVGE 2008/48 E. 1.2). Ist prima facie davon auszugehen, dass das Bundesverwaltungsgericht aller Voraussicht nach nicht auf die Beschwerde eintreten wird, dringen die Beschwerdeführerinnen mit ihren prozessualen Anträgen von vornherein nicht durch. Diesfalls erübrigt sich eine Interessenabwägung (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 3.1 mit Hinweis; vgl. E. 2.2 hiervoor). Dies ist im Folgenden zu prüfen.

### **E. 3.2**

Das BoeB erfasst nur Beschaffungen, welche dem ÜoeB unterstellt sind. Alle übrigen Beschaffungen sind in der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11) geregelt. Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gemäss dem 5. Abschnitt des BoeB ist nach der Konzeption dieses Gesetzes nur zulässig gegen Beschaffungen, die in den Geltungsbereich des BoeB fallen (e contrario Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BoeB, vgl. auch Art. 39 VoeB; BVGE 2008/61 E. 3.1, 2008/48 E. 2.1; Entscheid der BRK vom 11. Oktober 2001, veröffentlicht in VPB 66.4 E. 1b mit Hinweisen).

### **E. 3.3**

Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c BoeB in Verbindung mit Art. 1 Bst. c der Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2009 vom 27. November 2008 (SR 172.056.12) ist das BoeB anwendbar, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Bauauftrags ohne Mehrwertsteuer 9.575 Millionen Franken beträgt. Ein Bauauftrag wird in Art. 5 Abs. 1 Bst. c BoeB umschrieben als Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziffer 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 des ÜoeB. Nur diese Bauaufträge fallen in den Anwendungsbereich des Gesetzes. Nach dem in Erwägung 3.2 hiavor Gesagten steht der Rechtsweg nur für dem Gesetz unterstehende Bauaufträge offen (vgl. in Bezug auf Dienstleistungen BVGE 2008/48 E. 2.3 und E. 4.9 mit Hinweisen, sowie Entscheid der BRK vom 30. November 2004, veröffentlicht in VPB 69.32 E. 1c/ee; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 165).

### **E. 3.4**

Im vorliegenden Fall ist zwischen den Verfahrensbeteiligten unstrittig, dass im Wesentlichen "Bauarbeiten für Autobahnen" (Publikation des Zuschlags im SHAB Nr. 82 vom 30. April 2009, Punkt 2.2) in Frage stehen, welche als "Construction work for civil engineering" unter Ziffer 51 der massgebenden provisorischen Produktklassifikation (CPCprov) fallen (vgl. zur CPCprov den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1773/2006 vom 25. September 2008, teilweise veröffentlicht in BVGE 2008/48 E. 3.3 f.). Jedenfalls wird der Auftrag durch die Bauausführung Nationalstrasse N03/56, Trasse km 112.960 bis 116.870, Fahrbahn Zürich-Chur, Teilprojekt 3, geprägt. Damit sind, selbst wenn ein gemischter Auftrag angenommen wird, die Schwellenwerte für Bauaufträge einschlägig (Entscheid der BRK vom 28. September 2001, veröffentlicht in VPB 66.5 E. 2a, sowie Entscheid der BRK 2005-004 vom 11. August 2005 E. 2a/bb, je mit Hinweisen; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 145).

### **E. 3.5**

Massgebend für die Frage, ob der Schwellenwert erreicht ist, ist nach Art. 6 Abs. 1 BoeB die Schätzung des Auftragswerts durch die Vergabestelle (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2778/2008 vom 20. Mai 2009 E. 2.4). Vergibt die Auftraggeberin für die Realisierung eines Bauwerkes mehrere Bauaufträge, so ist nach Art. 7 Abs. 2 BoeB deren (geschätzter) Gesamtwert massgebend.

#### **E. 3.5.1**

Die Beschwerdeführerinnen stellen sich auf den Standpunkt, dass bei einer sachgerechten Schätzung des Auftragswerts, die in Vergabesachen grosszügig und regelmässig am oberen Ende der zu erwartenden späteren Offerten zu erfolgen habe, die strittige Beschaffung dem Vergaberegime des BoeB hätte unterstellt werden müssen. Zur Begründung bringen die Beschwerdeführerinnen namentlich vor, dass die Vergabestelle selbst von einer Offert-Preisspanne von 50 Prozent ausgegangen sei und sie mit Blick auf die günstigste Offerte (Fr. 7'196'0196.50 [inkl. MWSt]) daher mit Angeboten bis ca. 10,8 Millionen Franken habe rechnen müssen. Damit sei der Schwellenwert nach Art. 6 Abs. 1 Bst. c BoeB erreicht (Beschwerde, S. 8 f.).

### **E. 3.5.2**

In der Zuschlagspublikation wird eine Preisspanne von Fr. 7'196'196.50 bis Fr. 7'941'524.30 (inkl. MWSt) angegeben (SHAB Nr. 82 vom 30. April 2009, Punkt 3.2), was ohne Mehrwertsteuer Angebotssummen zwischen Fr. 6'687'915.00 und Fr. 7'380'598.80 entspricht. Das berücksichtigte Angebot liegt bei Fr. 7'007'125.25 (exkl. MWSt). Demnach kann die Kostenschätzung von Fr. 7'800'000.00 gemäss Formular "Entscheid Verfahrensart" (Vernehmlassungsbeilage 2) entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerinnen wohl nicht als "unsachgemäss" beziehungsweise "zu knapp" bezeichnet werden. Vielmehr werden sich die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, soweit der seitens der Vergabestelle zugrunde gelegte Schätzwert beanstandet wird, wohl als unbegründet erweisen. Aufgrund des am 11. Juni 2009 nachgereichten Formulars (mit Daten und Unterschriften) ergibt sich im Übrigen prima facie, dass dieses einerseits durch den Projektleiter und andererseits den Bereichsleiter Support am 5. Februar 2009 visiert worden ist. Demnach darf davon ausgegangen werden, dass der Zeitpunkt der Schätzung ordnungsgemäss vor demjenigen der Ausschreibung liegt. Indessen muss angesichts der folgenden Ausführungen nicht darüber befunden werden, ob sich die Rüge der Beschwerdeführerinnen in Bezug auf die vorgenommene Auftragswertschätzung als offensichtlich unbegründet erweist.

### **E. 3.6.1**

Die Beschwerdeführerinnen bringen weiter vor, das strittige Teilprojekt 3 der Vorausmassnahmen UPlanNS bilde nur Teil eines grösseren Bauwerkes, zu dem jedenfalls auch das Teilprojekt 2 zu zählen sei. Da das Teilprojekt 2 zu 5.2 Millionen Franken vergeben worden sei, liege der kumulierte Auftragswert für die Teilprojekte 2 und 3 jedenfalls über 12 Millionen Franken. und damit oberhalb des massgebenden Schwellenwerts.

### **E. 3.6.2**

Die Vergabestelle führt dazu aus, der Umfang des vorgesehenen UPlanNS beinhalte neben der Instandsetzung der Fahrbahn, der Instandsetzung von 50 Bauwerken, die Entwässerung, die Ergänzung bzw. Ersetzung der elektromagnetischen Anlagen sowie auch die Lärmsanierung. Aus sicherheitsrelevanten Aspekten seien die Teilprojekte 2 und 3 aus dem UPlanNS herausgelöst und vorgezogen worden. Die beiden Teilprojekte sollten zeitlich zusammen ausgeführt werden, weil Baustellen auf Autobahnen ein erhöhtes Unfallrisiko bergen würden, insbesondere wenn innerhalb kurzer Distanz mehrere Baustellen auftreten oder Baustellen über einen längeren Zeitraum eingerichtet werden müssten. Die gegenseitige Abhängigkeit der Teilprojekte 2 und 3 sei jedoch einzig auf eine optimierte, übergeordnet betrachtete Verkehrsführung beschränkt. Sowohl räumlich wie fachlich

beständen keine Gemeinsamkeiten, weshalb es sich um zwei unabhängige Bauwerke handle. Die Vergabestelle führt weiter aus, für den "Sonderfall Nationalstrasse", wo verschiedene und teilweise räumlich getrennte Werke/Objekte im Rahmen eines UPlanNS saniert, umgebaut oder ausgebaut werden müssten, gebe die Literatur und Rechtsprechung keine Antwort zu Begriff und Umfang eines Bauwerks.

### **E. 3.6.3**

Nach Art. 7 Abs. 2 BoeB ist für die Frage, ob der Schwellenwert für Bauaufträge erreicht wird, nicht der Wert des einzelnen Auftrages, sondern der Gesamtwert eines Bauwerkes massgebend, wenn die Auftraggeberin für dessen Realisierung mehrere Bauaufträge vergibt (siehe auch Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 168). Entscheidend ist damit, ob im Gegenstand eines Bauauftrags ein isoliertes eigenes Bauwerk oder ein Teil eines grösseren Bauvorhabens zu sehen ist (Martin Beyeler, Bausubmissionen: Schwellenwerte, Bauwerkregel und Bagatellklausel, in: Anwaltsrevue 2008, S. 263 ff., insb. S. 265). Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil B-2778/2008 vom 20. Mai 2009 E. 2.4.1 diesbezüglich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) hingewiesen, wonach für die Beurteilung, ob ein Bauwerk vorliege, die wirtschaftliche und technische Gesamtfunktion eines Vorhabens zu betrachten sei (vgl. Urteil des EuGH vom 5. Oktober 2000 in der Rechtssache C-16/98 Kommission gegen Frankreich, Rn. 36), musste die Frage dort aber nicht weiter erörtern.

### **E. 3.6.4**

Wie die Vergabestelle richtig ausführt, finden sich weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur dienliche Hinweise, wie der unbestimmte Rechtsbegriff "Bauwerk" im Rahmen von Nationalstrassen-Gesamtsanierungen zu verstehen ist. Es kann aber wohl entgegen den Ausführungen der Vergabestelle jedenfalls nicht alleine massgebend sein, ob fachliche Gemeinsamkeiten zwischen zwei Bauaufträgen bestehen. Vielmehr liegt Art. 7 Abs. 2 BoeB gerade die gedankliche Konstruktion zugrunde, dass für ein Bauwerk unterschiedliche Fachlose vergeben werden. Auch der Abstand von rund 800 Metern zwischen den Teilprojekten 2 und 3 lässt jedenfalls im Rahmen eines Autobahnprojekts den Schluss von der räumlichen Trennung auf zwei verschiedene Bauwerke nicht als offensichtlich erscheinen. Demnach kann prima facie nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden, dass die Teilprojekte 2 und 3 als Teile eines Bauwerkes im Sinne von Art. 7 Abs. 2 BoeB und nicht als je eigenständige Bauwerke anzusehen sind. Die aufschiebende Wirkung kann deshalb nicht mit dem Argument verwehrt werden, auf die Beschwerde sei aller Wahrscheinlichkeit nach nicht einzutreten. Die Eintretensfrage wird im Rahmen des Hauptverfahrens vielmehr eingehend zu prüfen sein.

### **E. 3.6.5**

Da nach dem Gesagten nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden kann, dass auf die Beschwerde nach Art. 27 Abs. 1 BoeB einzutreten sein wird, können die prozessualen Anträge entgegen der Auffassung der Vergabestelle nicht bereits mit Blick auf die Eintretensfrage abgewiesen werden. Dies bedeutet auch, dass jedenfalls im Rahmen des vorliegenden Zwischenentscheides auf die Eventual- und Subeventualbegehren der Beschwerdeführerinnen (Behandlung der Eingabe als Beschwerde nach Art. 5 VwVG bzw. Art. 25a VwVG) nicht weiter einzugehen ist. Immerhin sei auf BVGE 2008/48 E. 5.3 hingewiesen, wonach es dem Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 190 BV (Gebot der Anwendung von Bundesgesetzen) wohl grundsätzlich verwehrt ist, mit der Begründung,

dies erscheine durch die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV geboten, über den Anwendungsbereich des BoeB hinausgehend seine Zuständigkeit zu bejahen.

#### **E. 4**

Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist auch dann ohne Interessenabwägung abzuweisen, wenn sich die Beschwerde in materieller Hinsicht aufgrund einer Würdigung prima facie als offensichtlich unbegründet erweist (vgl. E. 2.2 hiervor).

##### **E. 4.1**

Zunächst ist festzustellen, dass die Vergabestelle, obwohl sie der Auffassung war, dass die Vergabe nicht dem ÜeoB und dem BoeB untersteht, das offene Verfahren - und damit ein Verfahren, welches gemäss Art. 13 Abs. 1 BoeB für den überschwelligen Bereich vorgesehen ist - angewendet hat. Soweit mit der Beschwerde das durchgeführte Verfahren als solches beanstandet wird, erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet. Allein aus dem Umstand, dass die Vergabestelle angegeben hat, die Beschaffung sei nicht dem WTO-Abkommen unterstellt und den Publikationen im SHAB vom 19. Februar 2009 und vom 30. April 2009 entsprechend keine Rechtsmittelbelehrungen angefügt wurden, können die Beschwerdeführerinnen keine Vergaberechtsverletzung ableiten, die zu einer Aufhebung des Zuschlagsentscheides führt.

##### **E. 4.2**

Aus dem Umstand, dass die Ausschreibung keine Rechtsmittelbelehrung enthalten hat, könnte sich immerhin ergeben, dass Rügen gegen die Ausschreibung trotz unterlassener Anfechtung nicht verwirkt sind und damit auch noch gegen den Zuschlag vorgebracht werden können (vgl. dazu Art. 38 VwVG; zur Rechtsprechung betreffend die Verwirkung von Rügen siehe etwa den Entscheid der BRK vom 13. Februar 2006, veröffentlicht in VPB 70.51 E. 2b). Ob die Beschwerdeführerinnen die ihres Erachtens unzulässigen Zuschlagskriterien bzw. deren Gewichtung bereits nach deren Bekanntgabe bei der Vergabestelle hätten rügen müssen, um sich nicht treuwidriges Verhalten vorhalten lassen zu müssen (vgl. dazu generell MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Michael Leupold et alii [Hrsg.], Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, S. 405 ff., S. 412 mit Hinweisen), kann jedenfalls im Rahmen der vorliegenden prima facie-Beurteilung aufgrund der nachfolgenden Ausführungen offen gelassen werden.

#### **E. 5**

= sehr gut, für das Projekt von äusserst grossem Nutzen"

##### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerinnen bringen zunächst vor, die Vergabestelle habe ihrer Bewertung Unterkriterien und Massstäbe zugrunde gelegt, die für die Beschwerdeführerinnen so aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich gewesen seien. Damit habe sie das Transparenzgebot verletzt. Zudem seien sie aufgrund der Ausschreibung respektive der Ausschreibungsunterlagen davon ausgegangen, dass die Kriterien neben dem Preis "wie allgemein üblich grosszügig gehandhabt" würden.

##### **E. 5.2**

Die Vergabebehörde hat die für die konkrete Vergabe massgeblichen Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung (Art. 21 Abs. 2 BoeB) und unter Bekanntgabe aller sonstigen Gesichtspunkte, die bei der Beurteilung der Angebote in Betracht gezogen werden (Ziff. 6 Anhang 5 zur VoeB), in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen aufzuführen. Insbesondere der Grundsatz der Transparenz gebietet es, dass aus der Bekanntgabe der Zuschlagskriterien ersichtlich sein muss, welches Gewicht die Vergabebehörde den einzelnen Kriterien beimisst. Werden bekannt gegebene Kriterien ausser Acht gelassen, die Bedeutungsfolge umgestellt, andere Gewichtungen vorgenommen oder zusätzliche Kriterien herangezogen, die nicht bekannt gegeben worden sind, handelt die Auftraggeberin vergaberechtswidrig (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008; Entscheid der BRK vom 3. September 1999, veröffentlicht in VPB 64.30 E. 3c).

### **E. 5.3**

In der Ausschreibung im SHAB Nr. 34 vom 19. Februar 2009 sind die Zuschlagskriterien unter Ziff. 3.9 wie folgt definiert: "Preis: Gewichtung 60%  
Bauzeit/Terminprogramm/Terminoptimierung: Gewichtung 30% Installationskonzept und Baulogistik: Gewichtung 10%" In den Ausschreibungsunterlagen wird in Bezug auf den Preis folgendes Bewertungsmodell vorgegeben: "Die Bewertung des Preises erfolgt mit Linearinterpolation nach folgender Berechnungsmethode: Das billigste Angebot erhält im Kriterium 'Preis' die Maximalpunktzahl. Ein Angebot >50% über dem tiefsten Angebot erhält 0 Punkte." Die beiden anderen Zuschlagskriterien werden in den Ausschreibungsunterlagen in Subkriterien unterteilt. Die Subkriterien für das Zuschlagskriterium 2 "Bauzeit/Terminprogramm/Terminoptimierung" (Subkriterien 2a-e) sind wie folgt bestimmt: "- Plausibilität und Qualität des Bauprogramms - Gewährleistung des Endtermins und Einhaltung der in den Submissionsunterlagen vorgegebenen Zwischentermine oder Stellungnahme dazu - Vorgesehene Arbeitsleistung; Anzahl, Grösse, Zusammensetzung der Equipen; Maschineneinsatz - Möglichkeiten Terminoptimierung - Reserven, Wirksamkeit und Qualität von vorgeschlagenen Beschleunigungsmassnahmen bei Verzug" Als Subkriterien für das Zuschlagskriterium 3 "Installationskonzept und Baulogistik" (Subkriterien 3a-e) werden vorgegeben: "- Inhalt und Qualität der eingereichten Unterlagen (Installationskonzept, Baustellenlogistik, Bauablauf, Techn. Bericht) - Aufbau- und Ablauforganisation - Logistikkonzept: Angemessene Berücksichtigung der technischen und betrieblichen Abhängigkeiten, Materialflüsse und Transporte - Vorgesehenes Installationskonzept - Projektbezogenes Qualitätsmanagement" Weiter wird angegeben, wie die Bewertung der qualitativen Kriterien (Subkriterien 2a-e sowie 3a-e) erfolgt: "0 = keine Angaben 1 = schlecht 2 = ungenügend 3 = genügend 4 = gut

### **E. 5.4**

Gemäss "Evaluationstabelle: Prüfung der Zuschlagskriterien, Amtsvariante", welche den Beschwerdeführerinnen im Rahmen des laufenden Verfahrens in anonymisierter und teilweise abgedeckter Form zugestellt wurde, erfolgte die Evaluation der Angebote nach den dargestellten, in der Ausschreibung respektive den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Kriterien und Bewertungsmethoden. Die konkrete Berechnung erfolgte dabei durch Multiplikation der Note für jedes Hauptkriterium mit dessen prozentualer Gewichtung. Entsprechend wurde das günstigste Angebot, welches von den Beschwerdeführerinnen eingereicht wurde, mit der Note 5 beim Preis bewertet, was multipliziert mit der 60 prozentigen Gewichtung 300 Punkte ergab. Die

Zuschlagsempfängerin erhielt für ihr um 5.38 Prozent teureres Angebot entsprechend dem vorgegebenen Preisbewertungsmodell die Note 4.46 respektive 268 Punkte. Bei den Zuschlagskriterien 2 und 3 wurden jeweils die Durchschnittsnote der Subkriterien ermittelt, wobei diese gleich gewichtet wurden. Beim Zuschlagskriterium 2 erreichten die Beschwerdeführerinnen die Durchschnittsnote 4.0, was bei einer Gewichtung mit 30 Prozent 120 Punkten entspricht, beim Zuschlagskriterium 3 die Durchschnittsnote 3.2 und entsprechend 32 Punkte. Die Zuschlagsempfängerin erhielt sowohl beim Zuschlagskriterium 2 als auch beim Zuschlagskriterium 3 die Bestnote 5 und folglich 150 respektive 50 Punkte. Im Endergebnis erreichte die Zuschlagsempfängerin damit 468 Punkte, während die Beschwerdeführerinnen auf 452 Punkte kamen.

### **E. 5.5**

Indem die Vergabestelle die Zuschlagskriterien (Hauptkriterien) und deren Gewichtung in der Ausschreibung und die Subkriterien wie auch die Bewertungsmethode in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben hat, hat sie die sich aus dem Transparenzgebot ergebenden Anforderungen eingehalten. Aus der Evaluationstabelle ergibt sich ausserdem, dass jedem Subkriterium mit Blick auf die Teilbewertung im Rahmen der einzelnen Hauptkriterien das gleiche Gewicht zukommt. Da die Beschwerdeführerinnen dies einerseits weder bestreiten noch beanstanden und zugleich auch nicht substantiiert geltend machen, einer der tatsächlich angewandten Bewertungsmassstäbe entspreche nicht den Subkriterien oder diese seien nicht unter die Hauptkriterien subsumierbar (vgl. dazu etwa Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 623 mit Hinweis auf AGVE 2001, S. 346), ist auf die diesbezügliche Rüge von vornherein nicht näher einzugehen. Aufgrund der Bekanntgabe der Preiskurve kann auch nicht die Rede davon sein, dass für die Beschwerdeführerinnen nicht ersichtlich war, welche Bedeutung dem Preis zukommen würde (Beschwerde, S. 13).

### **E. 5.6**

Soweit die Beschwerdeführerinnen vorbringen, sie seien davon ausgegangen, dass die qualitativen Kriterien grosszügig gehandhabt würden, scheint dieses Vorbringen von vornherein nicht geeignet, einen Rechtsfehler der Vergabestelle zu belegen. Wenn die Beschwerdeführerinnen ausführen, sie hätten angenommen, Abzüge würden nur für "wirklich schlechte" Offerten gemacht, widerspricht dies zudem offensichtlich der in den Ausschreibungsunterlagen dargestellten Bewertungsskala für diese Kriterien. Den Beschwerdeführerinnen musste demnach klar sein, dass mit Ausnahme des Preises in Bezug auf sämtliche Zuschlagskriterien eine abgestufte Bewertung erfolgt. Ist die Vergabestelle ohne besondere Erläuterungen beim herkömmlichen Verständnis der ihrerseits verwendeten Begriffe zu behaften (Entscheid der BRK vom 5. Juli 2001, veröffentlicht in VPB 65.94, E. 3d), können sich auch die Anbieter nicht auf eine davon abweichende Interpretation berufen. Das anders lautende Vorbringen der Beschwerdeführerinnen erweist sich als offensichtlich haltlos. Im Übrigen bewegen sich die Bewertungen in einem Bereich, der keine besondere Strenge nahelegt (vgl. dazu E. 7.5 hiernach). Die Beschwerdeführerinnen haben in Bezug auf die Subkriterien 2a und 3c die Maximalnote erhalten.

### **E. 6.1**

Eine Vergaberechtsverletzung sehen die Beschwerdeführerinnen zur Hauptsache darin, dass der Preis zu wenig berücksichtigt respektive gewichtet worden sei. Die Beschwerdeführerinnen bringen diesbezüglich vor, es handle sich bei der strittigen

Beschaffung, einer "simple[n] Belagssanierung", um ein weitgehend standardisiertes Gut, weshalb nach Art. 21 Abs. 3 BoeB einzig oder jedenfalls klar überwiegend auf den Preis als Zuschlagskriterium abzustellen sei.

### **E. 6.2**

Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien steht der Vergabebehörde ein weiter Ermessensspielraum zu, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreift (Entscheid der BRK vom 30. Juni 2004, veröffentlicht in VPB 68.119 E. 4d/aa; vgl. auch das Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau vom 6. Juli 2005, veröffentlicht in: AGVE 2005, S. 245 ff., E. 2.2 S. 246). Dies entspricht einerseits dem Zweck von Art. 31 BoeB (vgl. dazu E. 1.2 hiervor) und andererseits dem Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots, wie er in Art. 21 Abs. 1 BoeB als massgebend bezeichnet wird. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff eröffnet der Vergabestelle einen weiten Beurteilungsspielraum (NICOLAS/MAILLARD/MICHEL, a.a.O., S. 116 f.).

### **E. 6.3**

Beim Kriterium "Preis" handelt es sich grundsätzlich um ein unerlässliches Zuschlagskriterium, welches weder weggelassen werden noch nur eine unbedeutende Gewichtung aufweisen darf (Entscheid der BRK vom 18. Mai 2006, veröffentlicht in VPB 70.74 E. 3a/bb; DENIS ESSEIVA, Les problèmes liés au prix, in BR 2004, Sonderheft Vergabetagung 04, S. 27 f.; derselbe, in BR 2003 S. 62 und BR 2001 S. 153; zu einer Ausnahme von dieser Regel siehe den Entscheid der BRK vom 5. Juli 2001, veröffentlicht in VPB 65.94 E. 3c). Eine zu niedrige Gewichtung des Preises verletzt den Grundsatz der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots und steht im Widerspruch zur Zielsetzung, die öffentlichen Mittel möglichst wirtschaftlich einzusetzen (Entscheid der BRK vom 18. Mai 2006, veröffentlicht in VPB 70.74 E. 3a/bb). Bei komplexeren Werken oder Dienstleistungen kommt dem Offertpreis im Verhältnis zu den übrigen Zuschlagskriterien für die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots weniger Gewicht zu als bei standardisierten Werken oder Dienstleistungen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 3.3). Indessen würde die Gewichtung des Preiskriteriums mit einem Wert von 20 Prozent auch für einen komplexen Auftrag klar an der untersten Grenze des Zulässigen liegen (BGE 129 I 313 E. 9.2 S. 327; vgl. dazu auch die Urteile des Bundesgerichts 2P.230/2006 vom 5. März 2007 E. 4, und 2P.136/2006 vom 30. November 2006 E. 3.4).

### **E. 6.4**

Im vorliegenden Fall wurde der Preis entsprechend der Ausschreibung mit 60 Prozent gewichtet (vgl. E. 5.3 hiervor). Die Vergabestelle macht dazu geltend, bei einer Baustelle auf einer Nationalstrasse unter Verkehr könne nie von einem standardisierten Gut gesprochen werden. Zu viele Faktoren und Schnittstellen würden gegen eine solche Qualifizierung sprechen (Vernehmlassung vom 8. Juni 2009, S. 5). Prima facie ist davon auszugehen, dass die ausgeschriebenen Arbeiten tatsächlich nicht besonders komplex sind. Daraus darf indessen - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen - nicht geschlossen werden, dass die Vergabestelle gestützt auf Art. 21 Abs. 3 BoeB verpflichtet gewesen wäre, den Preis als einziges Zuschlagskriterium zu definieren. Gemäss dieser Bestimmung kann der Zuschlag für weitgehend standardisierte Güter auch ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen. Als weitgehend standardisiert kommen entgegen dem Wortlaut des Gesetzes auch Bauaufträge oder Dienstleistungen in

Betracht (Urteil des Bundesgerichts 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 3.3; ROBERT WOLF, Der Angebotspreis, in BR 2004, Sonderheft Vergabetagung 04, S. 17). Bei der Annahme weitgehend standardisierter Bauten und Dienstleistungen ist indessen eine gewisse Zurückhaltung geboten (vgl. GATT-Botschaft 2, S. 1193; anders unter der Voraussetzung, dass - insbesondere im Rahmen eines Einladungsverfahrens - hinreichende Anforderungen an die Eignung gestellt werden AGVE 2005, S. 245 ff., E. 2.3). Soweit die Beschwerdeführerinnen demnach geltend machen, die Vergabestelle hätte den in Frage stehenden Auftrag ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt des günstigsten Preises vergeben müssen, erweist sich ihre Beschwerde als offensichtlich unbegründet. Es bleibt im Folgenden zu prüfen, ob die Gewichtung des Preises mit 60 Prozent zu beanstanden ist.

#### **E. 6.5**

Soweit die Vergabestelle das Kriterium nicht besonders niedrig gewichtet (vgl. dazu E. 6.3 hiervor), steht ihr auch in Bezug auf die Gewichtung des Preises ein grosser Ermessensspielraum zu (Urteil des Bundesgerichts 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 3.3; siehe auch E. 6.2 hiervor). Vorausgesetzt werden muss allerdings, dass die Vergabestelle nebst dem Preis Zuschlagskriterien definiert, welche geeignet sind, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu evaluieren (vgl. etwa AGVE 2005, S. 245 ff., E. 2.2 S. 246). Vorliegend scheint es jedenfalls nicht sachfremd, wenn die Vergabestelle die Kriterien "Bauzeit/Terminprogramm/Terminoptimierung" sowie "Installationskonzept und Baulogistik" ebenfalls herangezogen hat. Es steht dabei insbesondere ausser Frage, dass der "Termin" grundsätzlich ein zulässiges Zuschlagskriterium darstellt, wird dieses Kriterium im nicht abschliessenden Katalog von Art. 21 Abs. 1 BoeB doch explizit erwähnt (vgl. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rn. 515). Soweit die Beschwerdeführerinnen sinngemäss ausführen, der termingerechten Ausführung komme nicht die von der Vergabestelle angenommene Bedeutung zu, ist darauf hinzuweisen, dass die Vergabestelle, wenn nicht verpflichtet, so jedenfalls berechtigt ist, koordinationsbedürftige Arbeiten zu terminieren. Die Vergabestelle weist in diesen Zusammenhang darauf hin, dass Baustellen auf Autobahnen ein erhöhtes Unfallrisiko bergen, weshalb deren Betrieb zeitlich möglichst einzuschränken ist. Von einer Ermessensüberschreitung kann keine Rede sein; die entsprechenden Ausführungen der Beschwerdeführerinnen sind unbehelflich.

#### **E. 6.6**

Das Bundesgericht hat in Bezug auf Tiefbauarbeiten im Rahmen einer Nationalstrassensanierung mit Urteil 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 (E. 3.3) festgehalten, die Gewichtung des Preises mit 60 Prozent liege für aufwendige Tiefbauarbeiten mit einem Auftragsvolumen von 35 bis 40 Mio. Franken selbst bei einer aus der Sicht des billigsten Anbieters ungünstigen Preiskurve sicherlich im Rahmen des Zulässigen. Demnach ist den Beschwerdeführerinnen zuzugestehen, dass die Gewichtung mit 60 Prozent für die zu beurteilenden weniger komplexen Arbeiten am Rande dessen liegt, was noch als sachgerecht bezeichnet werden kann. Indessen wäre für Arbeiten wie die vorliegenden jede Preisgewichtung von 50 Prozent oder mehr im Rahmen der Beurteilung durch die Rechtsmittelinstanz mit Blick auf Art. 31 BoeB nicht zu beanstanden, weshalb die Beschwerde insoweit als offensichtlich unbegründet erscheint, soweit nicht die Rüge in Bezug auf die angewandte Preiskurve zu einem anderen Ergebnis führt. Dies ist im Folgenden zu prüfen.

#### **E. 7.1**

Die Beschwerdeführerinnen bezeichnen die im vorliegenden Fall verwendete Preiskurve als unzulässig, da nicht mit einem Angebot habe gerechnet werden können, das 50 Prozent höher als das niedrigste Angebot liege. Damit sei dem Kriterium Preis im Ergebnis gar nicht die angekündigte Gewichtung von 60 Prozent zugekommen. Nur am Rande sei erwähnt, dass sie sich damit in Widerspruch zu ihrem Argument setzen, ihnen habe aufgrund der Ausschreibungsunterlagen die tatsächliche Bedeutung des Preises nicht klar sein können (vgl. E. 5.1 hiervor).

### **E. 7.2**

Der Vergabestelle kommt nicht nur in Bezug auf die Gewichtung des Preises, sondern auch in Bezug auf die Ausgestaltung des Bewertungsmodells ein weites Ermessen zu (Urteil des Bundesgerichts 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 3.3). Als unzulässig erweist sich das Vorgehen einer Vergabestelle erst dann, wenn dem Preis durch die verwendete Bewertungsskala gar nicht die bekannt gegebene Gewichtung zukommen würde (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2P.230/2006 vom 5. März 2007 E. 4, 2P.136/2006 vom 30. November 2006 E. 3.4 und 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 3.3, je mit Verweis u.a. auf BGE 129 I 313 E. 9.2 f. und 130 I 241 E. 6.2).

### **E. 7.3**

Die effektive Preisspanne betrug vorliegend von Fr. 7'196'196.50 bis Fr. 7'941'527.30 (inkl. MwSt). Das teuerste der vier eingereichten Angebote war damit 10,4 Prozent teurer als das billigste.

### **E. 7.4**

Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern hat mit Urteil VGE 22523 vom 12. Juli 2006, veröffentlicht in BVR 2006 S. 501, E. 4.5.2 eine sehr flache Preiskurve als zulässig erachtet und die Beschwerde entsprechend abgewiesen. In einem obiter dictum hat es dabei festgehalten: "Sinnvoller als die Verwendung der [zu beurteilenden] Formel [...] wäre es, im Voraus eine Obergrenze festzulegen (in prozentualem Verhältnis zur günstigsten Offerte), die mit 0 Punkten bewertete wird. [...] Es sind verschiedene Lösungen denkbar, wie die Punkteverteilung innerhalb des so vorgegebenen Rahmens erfolgen könnte. Einfach zu handhaben und transparent wäre die lineare Interpolation, wobei die beiden Eckpunkte (günstigstes Angebot: 100 Punkte, Obergrenze: 0 Punkte) mit einer Geraden verbunden würden." Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern verweist dabei explizit auf einen Vorschlag in der Literatur, wonach die Maximalpunktzahl beim tiefsten Preis und die 0-Punkt-Grenze bei 125-150% für Standardaufträge respektive bei 175-250% für Individualaufträge festzusetzen sei (vgl. BEAT DENZLER, Bewertung der Angebotspreise, in BR 2004, Sonderheft Vergabetagung 04, S. 20 ff., S. 22 Anhang 1: Checkliste für die Bewertung des Preises).

### **E. 7.5**

Nach dem Gesagten ist die vorliegend angewandte Methode mit der 0-Punkt-Grenze bei 150 Prozent, welche aufgrund der nahe beieinander liegenden Angebotspreise zur Folge hatte, dass sämtliche Angebote beim Preis zwischen 238 und 300 Punkte erhielten, nicht zu beanstanden, obwohl damit eine eher schwache Differenzierung im Kriterium Preis erfolgte. Ob dies auch in Bezug auf eine mit denselben Angebotspreisen nachträglich festgelegte Preiskurve gelten würde, kann hier offen bleiben (vgl. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 567 f.). Zieht man ausserdem in Betracht, dass die Vergabestelle entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerinnen nicht nur beim

Preis, sondern auch bei den übrigen Zuschlagskriterien Bewertungen ausschliesslich in der oberen Hälfte der Bewertungsskala abgegeben hat, mit Ausnahme der Bewertung der Beschwerdeführerinnen beim mit 10 Prozent gewichteten Zuschlagskriterium 3 (Ausführungskonzept) sogar immer im obersten Viertel, erweist sich die Beschwerde jedenfalls in diesem Punkt als offensichtlich unbegründet. Der Preis blieb das eindeutig wichtigste Zuschlagskriterium, was sich schon alleine daran zeigt, dass das Angebot der Beschwerdeführerinnen, obwohl dieses die schlechtesten Bewertungen bei den übrigen Zuschlagskriterien erhielt, den zweiten Schlussrang erreichte.

### **E. 8.1**

Weiter bringen die Beschwerdeführerinnen vor, es sei unzulässig gewesen, einerseits einen Terminplan vorzugeben und andererseits als Zuschlagskriterium die "Terminoptimierung" und "mögliche Beschleunigungsmassnahmen" zu definieren. Werde sowohl ein verbindliches Terminprogramm vorgegeben als auch Terminoptimierungen und Beschleunigungsmassnahmen im Rahmen der Zuschlagserteilung berücksichtigt, sei dies system- und damit auch rechtswidrig. Die Beschwerdeführerinnen sehen ein unzulässiges Vorgehen der Vergabestelle darüber hinaus darin, dass ihr Angebot beim Subkriterium 2b "Gewährleistung des Endtermins und Einhaltung der in den Submissionsunterlagen vorgegebenen Zwischentermine" einen Punkteabzug erhalten hat. Es treffe zwar zu, dass der Endtermin betreffend Belagseinbau gemäss Offerte wenige Tage nach dem vorgegebenen Termin (30. September 2009) liege, dabei handle es sich aber um ein "offensichtliches Versehen in der Offerte", welches ohne weiteres hätte korrigiert werden können (Beschwerde, S. 16). Zudem ergäben sich keinerlei Probleme durch die Vornahme der Arbeiten in den ersten Oktobertagen (Eingabe vom 15. Juni 2009, S. 15).

### **E. 8.2**

In den Ausschreibungsunterlagen wird auf Seite 44 unter Pos. 633.100 "Fristen und Zwischentermine" vorgegeben, dass der "Abschluss Beläge, Belagswulst" bis zum 30. September 2009 zu erfolgen hat. Unstrittig haben die Beschwerdeführerinnen in ihrer Offerte den Endtermin für den Belagseinbau auf den 2. Oktober 2009 und damit zwei Tage nach dem vorgegebenen Termin festgesetzt (siehe Bauprogramm der Beschwerdeführerinnen in der Offerte der Beschwerdeführerinnen). Das Angebot der Beschwerdeführerinnen wurde in diesem Punkt deshalb mit der Note 4 (gut) und nicht mit der Maximalnote 5 bewertet. Abzüge bei der Bewertung haben die Beschwerdeführerinnen weiter bei den Subkriterien 2d "Möglichkeiten Terminoptimierung" und 2e "Reserven, Wirksamkeit und Qualität von vorgeschlagenen Beschleunigungsmassnahmen bei Verzug" erhalten, da sie keine konkreten Terminoptimierungs- beziehungsweise Beschleunigungsmassnahmen dargelegt haben.

### **E. 8.3**

Die Vergabestelle hat in der Ausschreibung beziehungsweise in den Ausschreibungsunterlagen den konkreten Beschaffungsgegenstand genau zu beschreiben (Entscheid der BRK vom 11. März 2005, veröffentlicht in VPB 69.79 E. 2b/aa). Dazu gehören auch die zeitlichen Grundlagen der Auftragserfüllung, d.h. die verbindlich vorgegebenen Termine beziehungsweise Zwischentermine, an welche sich die Anbieter in jedem Fall zu halten haben (vgl. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rn. 228). Bei solchen Terminvorgaben im Leistungsbeschrieb handelt es sich - ähnlich wie bei technischen Spezifikationen (vgl. dazu GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rn. 241

ff., insbesondere Rn. 243) - um Mindestanforderungen, bei deren Nichteinhaltung eine Offerte regelmässig vom Vergabeverfahren auszuschliessen ist (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rn. 224; Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich/Basel/Genf 2004, Rn. 153 und 302).

#### **E. 8.4**

Vom Leistungsbeschrieb zu unterscheiden sind die Zuschlagskriterien. Diese müssen geeignet sein, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu evaluieren (Art. 21 Abs. 1 BoeB; vgl. in Bezug auf das Zuschlagskriterium Termin E. 6.5 hiavor). Zuschlagskriterien führen im Unterschied etwa zur Beurteilung der Offerten auf deren Übereinstimmung mit den technischen Spezifikationen zu einem Bewertungsvorteil. Selbstverständlich lassen sich auch Mindestvorgaben in Bezug auf den Endtermin mit Bewertungsvorteilen für eine Beschleunigung kombinieren. In diesem Zusammenhang liegt es im Ermessen der Vergabestelle, die Möglichkeiten für Terminoptimierungen (Subkriterium 2d) sowie Reserven und Beschleunigungsmassnahmen (Subkriterium 2e) als Subkriterien zu definieren; das anders lautende Vorbringen der Vergabestelle ist offensichtlich unbegründet. Damit kann jedoch prima facie nicht gemeint sein, dass die Einhaltung der terminlichen Mindestanforderungen in der Zuschlagsbewertung im Sinne eines Punkteabzugs berücksichtigt wird, ist diese doch Voraussetzung, dass ein Angebot überhaupt zur Evaluation zugelassen wird.

#### **E. 8.5**

Indem die Beschwerdeführerinnen den vorgegebenen Termin für den Belagseinbau nicht eingehalten haben, genügt ihre Offerte den Mindestanforderungen gemäss Leistungsbeschrieb prima facie nicht. Ob die Vergabestelle den Beschwerdeführerinnen die Möglichkeit zur Korrektur ihrer Offerte hätte einräumen müssen, weil es sich beim kurzen Überschreiten des vorgegebenen Zwischentermins um ein "offensichtliches Versehen" (Beschwerde vom 20. Mai 2009, S. 16) handelte, kann an dieser Stelle offen bleiben, da die Vergabestelle den Mangel nicht zum Anlass genommen hat, die Offerte der Beschwerdeführerinnen von der Evaluation auszuschliessen und jedenfalls im Rahmen der vorliegenden prima facie-Beurteilung nicht gesagt werden kann, die Beschwerde sei schon deshalb offensichtlich unbegründet, weil das Angebot der Beschwerdeführerinnen nicht zur Evaluation hätte zugelassen werden dürfen. War der nicht eingehaltene Termin für den Belagseinbau im Leistungsbeschrieb als Mindestanforderung definiert, kann nach dem Gesagten nicht ausgeschlossen werden, dass das Subkriterium 2b bzw. dessen Anwendung vergaberechtswidrig ist. In der Vernehmlassung (S. 7) wird denn auch klar gesagt, die Begründung für den Punkteabzug liege in der Nichteinhaltung des Endtermins. Die Rüge, die Vergabestelle habe die Gewährleistung der vorgegebenen Mindesttermine vorliegend fälschlicherweise im Rahmen der Zuschlagsevaluation berücksichtigt, erweist sich demnach jedenfalls als nicht offensichtlich unbegründet. Dies bedeutet indes nicht zwangsläufig, dass der Beschwerde insgesamt Erfolgsaussichten zuzuerkennen sind. Vielmehr ist im Folgenden zu prüfen, ob die Gesamtbewertung prima facie im Ergebnis rechtlicher Prüfung gleichwohl standhält (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgericht B-743/2007 vom 31. Juli 2007 E. 4.3), wobei den Beschwerdeführerinnen einstweilen die Maximalbewertung beim Subkriterium 2b zuzugestehen ist. Die Differenz zwischen der erfolgten Bewertung mit 4 Punkten und dem Maximum ergibt gewichtet eine Besserbewertung im Umfang von 6 Punkten.

## **E. 8.6**

In Bezug auf die weiteren Subkriterien unter dem Hauptkriterium 2

"Bauzeit/Terminprogramm/Terminoptimierung" ist es ohne weiteres zulässig, wenn die Plausibilität und die Qualität des Bauprogramms (vgl. Subkriterium 2a) und Angaben, wie die Anbieter die zeitlichen Vorgaben einzuhalten gedenken (vgl. Subkriterium 2c "Vorgesehene Arbeitsleistung; Anzahl, Grösse, Zusammensetzung der Equipen; Maschineneinsatz") im Rahmen der Zuschlagsevaluation berücksichtigt werden, was von den Beschwerdeführerinnen auch nicht bestritten wird. Soweit die Beschwerdeführerinnen zum Subkriterium 2c ausführen, die Bewertung und die Begründung für den Punkteabzug sei für sie "nicht nachvollziehbar", ist diese allgemein gehaltene Rüge, ohne dass dargelegt wird, inwiefern die von der Vergabestelle anlässlich des Debriefings und in der Evaluationstabelle angegebene Begründung unzutreffend sei, offensichtlich ungenügend substantiiert (vgl. Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-8242/2007 vom 16. Februar 2009 mit Hinweisen; PatriCK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 13 N. 11).

### **E. 9.1.1**

Die Beschwerdeführerinnen rügen auch die Benotung der Subkriterien zum Hauptkriterium 3 "Installationskonzept und Bauleistungen". So wird etwa die Benotung im Kriterium 3b "Aufbau- und Ablauforganisation (Organigramm)" beanstandet. Die Beschwerdeführerinnen hätten den Eindruck gewonnen, ihr Organigramm sei nur deshalb schlechter benotet worden, weil es nicht farbig, sondern schwarzweiss eingegeben wurde.

### **E. 9.1.2**

Der Evaluationstabelle ist zu entnehmen, dass das Angebot der Beschwerdeführerinnen beim Subkriterium 3b mit der Note 2 (ungenügend) bewertet wurde, weil falsche Hierarchien angegeben wurden und Schnittstellen fehlen. Anhaltspunkte, dass das Angebot der Beschwerdeführerinnen schlechter bewertet wurde, weil das Organigramm schwarzweiss eingereicht wurde, sind den Akten keine zu entnehmen.

### **E. 9.1.3**

Indem sich die Beschwerdeführerinnen mit der Begründung gemäss Evaluationstabelle nicht auseinandersetzen und sich insbesondere nicht zu den von der Vergabestelle aufgeführten, konkreten Mängeln äussern, haben sie ihre Rüge nur ungenügend substantiiert, obwohl ihnen dies ohne weiteres möglich gewesen wäre (vgl. E. 8.6 hiervor). Im Übrigen scheint auch dem Gericht, dass das von den Beschwerdeführerinnen eingereichte Organigramm jedenfalls stark simplifizierend ist und Angaben zum konkreten Zusammenwirken der Beteiligten nicht erkennen lässt. Damit kann von einer Sprengung des der Vergabe zustehenden Ermessensspielraums von vornherein nicht gesprochen werden.

### **E. 9.2.1**

Ausserdem sehen die Beschwerdeführerinnen eine Vergaberechtsverletzung darin, dass ihr Angebot im Punkt 3e "Projektbezogenes Qualitätsmanagement" nur mit der Note 2 bewertet wurde. Sie halten diesbezüglich einerseits fest, die von den Beschwerdeführerinnen eingereichte Zertifizierung gemäss ISO 9001 hätte als höchste Qualitätsstufe in jedem Fall genügen müssen. Andererseits führen sie aus, vorliegend sei das Verlangen eines projektbezogenen Qualitätsmanagements (PQM) nicht sachgerecht, da

es sich nicht um ein besonders risikoreiches Bauprojekt, sondern vielmehr um ein Standardprojekt handle. Zudem bringen die Beschwerdeführerinnen vor, die Vergabestelle habe weder in der Ausschreibung noch sonstwie zu erkennen gegeben, dass sie im vorliegenden Fall von einem besonders risikoreichen Projekt ausgehe, welches die Einreichung eines PQM angezeigt erscheinen lasse.

#### **E. 9.2.2**

In den Ausschreibungsunterlagen wird auf Seite 10 als Subkriterium zum Zuschlagskriterium 3 aufgeführt: "Projektbezogenes Qualitätsmanagement". Die Beschwerdeführerinnen haben unstrittig anstelle eines PQM ein Managementsystem des Unternehmens (MS) eingereicht (ISO-Zertifizierung 9001).

#### **E. 9.2.3**

Ein Managementsystem des Unternehmens, wie die ISO-Zertifizierung 9001 eines darstellt, bezweckt, in einem Unternehmen die wertschöpfenden Prozesse zu optimieren und die nicht-wertschöpfenden Prozesse effizienter zu gestalten. Dazu werden die bestehenden Prozesse in einem ersten Schritt analysiert und abgebildet. Notwendige Massnahmen zur Verbesserung der Prozesse sind in einem zweiten Schritt zu planen und umzusetzen (Schweizerischer Ingenieur- und Architekturverein SIA [Hrsg.], Merkblatt 2007: Qualität im Bauwesen, Aufbau und Anwendung von Managementsystemen, Ausgabe 2001 [SIA-Merkblatt], S. 13). Ein Managementsystem des Unternehmens gibt damit allgemein Auskunft darüber, ob in einer Unternehmung die Prozessabläufe optimiert wurden. Demgegenüber bezieht sich ein PQM auf ein spezifisches Projekt, bei dem verschiedene Beteiligte (beispielsweise einer Arbeitsgemeinschaft) an einer gemeinsamen Aufgabe in übergreifenden Prozessen mitwirken (SIA-Merkblatt, S. 23). Ein PQM versteht sich damit als Führungsinstrument in der Hand des Auftraggebers und des Gesamtleiters auf dem Weg zum Projekterfolg (SIA-Merkblatt, S. 23).

#### **E. 9.2.4**

Offensichtlich unbegründet sind die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, soweit sie geltend machen, die Vergabestelle habe nicht erkennen lassen, dass mit dem Angebot auch ein PQM einzureichen sei. Die Ausschreibungsunterlagen waren in diesem Punkt unmissverständlich formuliert (vgl. dazu E. 5.4 hiuvor). Insbesondere konnten die Beschwerdeführerinnen ohne weiteres erkennen, dass es nicht ausreicht, wenn sie anstelle eines PQM ein Managementsystem des Unternehmens einreichen. Dass die eingereichte ISO-Zertifizierung 9001 nicht ein PQM zu substituieren vermag, erscheint dabei aufgrund der unterschiedlichen Zielrichtungen der Managementsysteme selbstverständlich.

#### **E. 9.2.5**

Die Beschwerdeführerinnen gehen aber auch fehl in der Annahme, die Vergabestelle hätte vorliegend aufgrund der beschränkten Komplexität des Auftrages gar kein PQM verlangen dürfen. Wie bereits mehrfach ausgeführt wurde (vgl. insbesondere E. 6.2 hiuvor), steht der Vergabestelle bei der Festsetzung der Zuschlagskriterien ein Ermessen zu, in welches das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreifen darf (Art. 31 BoeB). Diesen, durch Art. 21 Abs. 1 BoeB vorgegebenen Ermessensspielraum hat die Vergabestelle aufgrund der Tatsache, dass eine Baustelle unter Verkehr und mit Schnittstellen in Frage steht, jedenfalls nicht überschritten, indem sie im vorliegenden Fall die Einreichung eines PQM bei der Zuschlagserteilung berücksichtigte.

### **E. 10.1**

Von den bislang behandelten materiellen Rügen der Beschwerdeführerinnen haben sich jene betreffend die Subkriterien 2c-d sowie 3b und 3e als offensichtlich unbegründet erwiesen. Einzig die Rüge, es sei unzulässig gewesen, den vorgegebenen Mindesttermin für den Belagseinbau im Rahmen der Zuschlagsevaluation zu berücksichtigen, kann jedenfalls nicht als offensichtlich unbegründet bezeichnet werden. Wie in E. 8.5 hiervoor ausgeführt wurde, ist im Rahmen der vorliegenden prima facie-Prüfung, ob die Gesamtbewertung rechtlicher Überprüfung standhält, das Angebot der Beschwerdeführerinnen einstweilen in diesem Kriterium mit zusätzlichen 6 Punkten zu bewerten. Noch nicht behandelt wurden die Rügen der Beschwerdeführerinnen zu den Subkriterien 3a und 3d. Unter 3a "Inhalt und Qualität der eingereichten Unterlagen (Installationskonzept, Baustellenlogistik, Bauablauf, Techn. Bericht)" erhielten die Beschwerdeführerinnen 3, unter 3d "Vorgesehenes Installationskonzept" 4 Punkte. Würden die Beschwerdeführerinnen mit ihren, diese Subkriterien betreffenden Rügen durchdringen und entsprechend die Maximalnoten unter 3a und 3d erhalten, würde dies zu einer Verbesserung der Durchschnittsnote beim Hauptkriterium 3 um 0.6 Noten führen, was multipliziert mit der Gewichtung 6 Punkten im Rahmen der Gesamtbewertung entspricht. Dies bedeutet wiederum, dass die Beschwerdeführerinnen unter Berücksichtigung der 6 Punkte beim Subkriterium 2b (E. 8.5 hiervoor) insgesamt maximal 12 Punkte bei der Gesamtbewertung gegenüber der Zuschlagsempfängerin aufholen könnten. Eine bessere Bewertung im Umfang von 12 Punkten vermöchte aber nichts an der Rangfolge zu ändern, da die Beschwerdeführerinnen diesfalls 464 Punkte erreichen würden gegenüber 468 Punkten der Zuschlagsempfängerin.

### **E. 10.2**

Demnach kann jedenfalls im Rahmen der vorliegenden prima facie-Beurteilung grundsätzlich offen bleiben, ob die weiteren Rügen der Beschwerdeführerinnen betreffend die Subkriterien 3a und 3d begründet sind, wobei anzumerken ist, dass es sich bei den Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, sie hätten bei diesen Subkriterien besser bewertet werden müssen, weitgehend um unsubstanzierte Rügen handelt, die den Ermessensbereich der Vergabestelle betreffen. Immerhin kann tatsächlich nicht ausgeschlossen werden, dass die Vergabestelle im Rahmen der Beurteilung des Subkriteriums 3a formale Beanstandungen und die materielle Bewertung nicht hinreichend differenziert hat.

### **E. 10.3**

Insgesamt erweist sich die Beschwerde aufgrund einer prima facie-Würdigung als materiell offensichtlich unbegründet. Angesichts dieser Ausgangslage kann dem Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht entsprochen werden. Eine Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen erübrigt sich (vgl. E. 2.2 hiervoor). Damit fällt die Verfügung vom 25. Mai 2009 betreffend superprovisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung dahin.

### **E. 11**

Betreffend die Akteneinsicht ist festzuhalten, dass den Beschwerdeführerinnen vor Ergehen dieses Zwischenentscheides mit Verfügungen vom 8. und vom 11. Juni 2009 Einsicht in die Vernehmlassungsbeilagen gewährt wurde. Namentlich wurde den Beschwerdeführerinnen unter anderem das Formular "Entscheid Verfahrensart" mit Angaben zum Schätzwert des Auftrags sowie die "Evaluationstabelle: Prüfung der Zuschlagskriterien, Amtsvariante" in anonymisierter Form zugestellt. Mit Verfügung vom 13. Juli 2009 wurde den

Beschwerdeführerinnen zudem Einsicht in die Seite 10 des Evaluationsberichtes der Vergabestelle betreffend "Prüfung nach Zuschlagskriterien und deren Gewichtung", in teilweise abgedeckter Form, gewährt. Aufgrund der ihnen zur Verfügung stehenden Unterlagen sind die Beschwerdeführerinnen in der Lage, sich ein hinreichendes Bild zur Ausgangslage namentlich mit Blick auf die Anfechtung des vorliegenden Entscheids zu machen (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 6). Über die weitergehende Akteneinsicht ist im Rahmen des Hauptverfahrens zu entscheiden.

#### **E. 12**

Die Beschwerdeführerinnen beantragen die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels. Nach Zustellung der Vernehmlassungsbeilagen mit Verfügung vom 8. Juni 2009 haben die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 15. Juni 2009 zu den ihnen zugestellten Akten Stellung genommen und ihre Beschwerde sowohl hinsichtlich der formellrechtlichen Fragestellungen als auch hinsichtlich der materiellrechtlichen Fragestellungen ergänzt. Damit ist den Anträgen der Beschwerdeführerinnen - jedenfalls mit Blick auf den vorliegenden Zwischenentscheid - im Ergebnis Genüge getan. Soweit weitergehend ist das Begehren der Beschwerdeführerinnen auf Anordnung eines umfassenden zweiten Schriftenwechsels vor Ergehen des Zwischenentscheides über die aufschiebende Wirkung abzuweisen. Das qualifizierte Beschleunigungsgebot führt insoweit naturgemäss zur Einschränkung des rechtlichen Gehörs (MARC STEINER, a.a.O., S. 425 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

#### **E. 13**

Über die Festsetzung und Verlegung der Kosten des vorliegenden Zwischenentscheids ist mit dem Endentscheid zu befinden.

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