

BVGer B-4467/2021 vom 15. Juni 2022

Bundesverwaltungsgericht, 2022-06-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4467_2021

FR: TAF B-4467/2021 du 15 juin 2022

IT: TAF B-4467/2021 del 15 giugno 2022

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) in Kraft. Gemäss der in Art. 62 BöB enthaltenen Übergangsbestimmung werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Die im vorliegenden Verfahren massgebliche Ausschreibung datiert vom 26. Juni 2021. Damit richtet sich das Verfahren nach neuem Recht.

E. 1.2

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind bzw. ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (vgl. BVGE 2007/6 E. 1). Das neue BöB erfasst nunmehr nicht bloss Beschaffungen, die dem GPA 2012 unterstellt sind. Es findet vielmehr Anwendung auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch unterstellte Auftraggeberinnen innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs (Art. 1 BöB; vgl. das Urteil des BVGer B-4157/2021 vom 24. Januar 2022 E. 1 "Gare de Gruyères").

E. 1.3

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für Beschwerden gegen Verfügungen der Auftraggeberinnen über Bauleistungen, wenn der Auftrag den Schwellenwert für das offene oder selektive Verfahren erreicht (Art. 52 Abs. 1 Bst. b BöB).

E. 1.4

Vorliegend angefochten ist die Zuschlagsverfügung, die durch Beschwerde anfechtbar ist (Art. 53 Abs. 1 Bst. e BöB). Die Vergabestelle ist eine eidgenössische öffentlich-rechtliche Anstalt (Art. 1 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991 über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen [ETH-Gesetz, ETHG, SR 414.110]) und damit als Teil der dezentralen Bundesverwaltung eine dem BöB unterstellte Anbieterin (Art. 4 Abs. 1 Bst. a BöB i.V.m. Art. 2 Abs. 3 RVOG). Der Auftrag ist eine Bauleistung (Art. 8 Abs. 2 Bst. a BöB), die gemäss Ziffer 3 des Anhangs 1 BöB grundsätzlich in den Staatsvertrag fällt, und wird von keiner Ausnahme gemäss Art. 10 oder Anhang 5 Ziffer 1 BöB erfasst. Insoweit ist die Beschwerde ohne Weiteres und unbestrittenermassen zulässig.

E. 1.5

Die Beschwerdegegnerin bestreitet, dass der Schwellenwert erreicht werde. Falls dies zuträfe, wäre die Beschwerde unzulässig (Art. 52 Abs. 1 Bst. b BöB), wenn der Schwellenwert für Verfahren ausserhalb des Staatsvertragsbereichs unterschritten ist, der bei Bauleistungen 2 Mio. Fr. beträgt (Anhang 4 Ziff. 2 BöB). Wird dieser Schwellenwert erreicht, nicht aber derjenige für den Staatsvertragsbereich, ist zwar die Beschwerde zulässig, es steht aber nur Sekundärrechtsschutz zur Verfügung (Art. 52 Abs. 2 BöB). Der Schwellenwert für den Staatsvertragsbereich beträgt bei der Beschaffung von Bauleistungen durch eine Auftraggeberin nach Art. 4 Abs. 1 BöB 8,7 Mio. Fr. (Anhang 4 Ziff. 1.1 BöB). Dabei sind nach der sogenannten Bauwerksregel mehrere Bauleistungen zusammenzurechnen, und es ist von deren Gesamtwert auszugehen, wenn diese Teil des gleichen zusammenhängenden Gesamtbauvorhabens sind und nicht die Bagatellklausel greift (Art. 16 Abs. 4 BöB). Massgebend für die Frage, ob der Schwellenwert erreicht ist, ist die Schätzung des Auftragswerts durch die Vergabestelle (Art. 15 BöB; vgl. Urteile des BVGer B-4157/2021 E. 1.1.4.1 "Gare de Gruyères"; B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 2.4.1 "Studie Schienengüterverkehr" m.w.H.).

E. 1.5.1

Die Beschwerdegegnerin begründet ihre Auffassung, der Schwellenwert werde nicht erreicht, in erster Linie damit, dass die Bauwerksregel vorliegend nicht zur Anwendung gelange. Bei der Sanierung der Garage und des sich auf deren Dach befindlichen Vorplatzes handle es sich in Tat und Wahrheit um zwei verschiedene Bauwerke. Daher unterschreite der vorliegende Auftrag mit ca. 1,8 Mio. Fr. den Schwellenwert für den Staatsvertragsbereich deutlich. In zweiter Linie macht die Beschwerdegegnerin geltend, selbst bei Anwendung der Bauwerksregel werde der massgebliche Schwellenwert unterschritten. Die Vergabestelle, die im Zusammenhang mit der Schätzung des Auftragswerts besonders sorgfältig sein müsse, habe den Gesamtauftrag auf 8,5 Mio. Fr. geschätzt und damit den Schwellenwert vom 8,7 Mio. Fr. unterschritten. Weder der Verpflichtungskredit in Höhe von 11 Mio. Fr. noch die Gesamtprojektkosten von 12,4 Mio. Fr. seien massgeblich. Auch die von der Vergabestelle im vorliegenden Verfahren abgegebene Schätzung sei nicht massgeblich, da sie erst nach der Ausschreibung erfolgte.

E. 1.5.2

Die Vergabestelle und die Beschwerdeführerin sind dagegen der Meinung, dass die Bauwerksregel zur Anwendung komme und dass dann der Schwellenwert erreicht würde. Die Anwendbarkeit der Bauwerksregel begründet die Beschwerdeführerin damit, dass sich der Vorplatz auf dem Dach der Tiefgarage befinde und somit die Sanierung beider Teile das gleiche Gebäude betreffe. Das gesamte Dach mit dem Vorplatz werde abgebrochen und neu aufgebaut. Die Gesamtkosten seien als höher als 8,5 Mio. Fr. zu betrachten, wie der deutlich höher liegende Verpflichtungskredit und die höhere Schätzung der Gesamtkosten im Budgetbericht zeigten. Es spreche nichts dafür, der tieferen Schätzung per se den Vorzug vor den beiden höheren Schätzungen, die ebenfalls vor der Ausschreibung erfolgten, zu geben. Die Vergabestelle geht in ihrer Stellungnahme zur Verfahrensart ebenfalls von der Anwendbarkeit der Bauwerksregel aus und davon, dass die Projektkosten ca. 10,2 Mio. Fr. betragen.

E. 1.5.3

Nach der Bauwerksregel von Art. 16 Abs. 4 BöB ist entscheidend, ob im Gegenstand eines Bauauftrags ein isoliertes eigenes Bauwerk oder ein Teil eines grösseren Bauvorhabens zu

sehen ist, eine Fragestellung, welche letztlich nur anhand der gegebenen Umstände im konkreten Einzelfall beurteilt werden kann (vgl. ausführlich das Urteil des BVGer B-3156/2021 vom 29. September 2021 E. 3.2.1 f. m.w.H. "MÜLS Tunnel Schlund und Spier [A2 Luzern]"). Vorliegend spricht die Tatsache, dass das verfahrensgegenständliche Projekt sich auf dem "Dach" der Garage befindet und dieses abgerissen werden soll, deutlich für einen engen Zusammenhang, der die Anwendung der Bauwerksregel nahelegt. Wird das Dach abgerissen, zieht dies notwendigerweise eine Erneuerung des sich darauf befindlichen Vorplatzes nach sich, so dass von einem einzigen Bauwerk auszugehen ist.

E. 1.5.4

Ist die Bauwerksregel anzuwenden, so stellt sich die Frage, auf welchen Schätzwert abzustellen ist. Die Beschwerdegegnerin beruft sich auf den von der Vergabestelle auf ihrer Website publizierten Wert von 8,5 Mio. Fr., die Beschwerdeführerin und die Vergabestelle demgegenüber auf die höheren Schätzwerte, die sich im Geschäftsbericht und im Budgetbericht finden (vorstehend E. 1.5.2). Wie das Bundesverwaltungsgericht im von der Beschwerdegegnerin selbst angeführten Zwischenentscheid B-4657/2009 vom 6. August 2009 E. 4.6.3 "Travaux de réfection N9" erkannt hat, können Schätzungen des Auftragswerts mitunter schwierig sein. Daher muss die Vergabestelle besondere Sorgfalt an den Tag legen, wobei diese besondere Sorgfalt sich darin äussert, dass im Zweifelsfall eher ein höherer Schätzwert anzuwenden ist. Damit soll verhindert werden, dass sich der Schätzwert nachträglich als zu tief erweist und das Projekt in einem anderen Verfahren auszuschreiben gewesen wäre. Entsprechend soll der Vergabestelle eine solche vorsichtige Schätzung auch nicht zum Vorwurf gemacht werden. Im Übrigen ging die Vergabestelle in der Ausschreibung auf SIMAP von Anfang an davon aus, der Schwellenwert sei erreicht. Dies spricht nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts dafür, dass die Vergabestelle schon ursprünglich von einem höheren Schätzwert ausgegangen ist und diesen nicht bloss nachgeschoben hat.

E. 1.5.5

Demnach ist die Einschätzung der Vergabestelle in der Ausschreibung, dass der Schwellenwert erreicht werde, entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin nicht zu beanstanden. Deren Antrag, auf die Beschwerde wegen Unterschreitung des Schwellenwerts nicht einzutreten, erweist sich daher als unbegründet.

E. 1.6

Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig und es liegt ein zulässiges Anfechtungsobjekt vor.

E. 1.7

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021), soweit das BöB und das Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 55 BöB und Art. 37 VGG). Die Angemessenheit einer Verfügung kann im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens vor Bundesverwaltungsgericht nicht überprüft werden (Art. 56 Abs. 3 BöB).

E. 1.8

Das BÖB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese grundsätzlich nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (vgl. Urteil des BVerfG B-5266/2020 vom 25. August 2021 E. 4.1 "2TG Bauabwasserbehandlungsanlage Nord"). 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. 1.8.1

Die Beschwerdeführerin ist formell beschwert. Sie hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen und ist durch die Verfügung besonders berührt.

E. 1.8.2

Eine unterlegene Anbieterin hat jedoch nur dann ein schutzwürdiges Interesse, wenn sie eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten (BGE 141 II 14 E. 4 ff. "Monte Ceneri"). Diese Frage ist vorab aufgrund der von der Beschwerdeführerin gestellten Anträge sowie der vorgebrachten Rügen zu beantworten. Die Beschwerdeführerin rangiert auf dem dritten Platz; eine reelle Chance auf den Zuschlag besitzt sie demnach nur, wenn die Gutheissung der Beschwerde neben der Beschwerdegegnerin als Zuschlagsempfängerin auch die zweitplatzierte Anbieterin aus dem Verfahren beseitigen würde, da ansonsten aufgrund deren höherer Bewertung der Zuschlag an diese ginge. Vorliegend beantragt die Beschwerdeführerin denn auch, sowohl die Beschwerdegegnerin als auch die Zweitplatzierte wegen Nichterfüllung der Eignungskriterien vom Verfahren auszuschliessen, was sie zudem in nicht aussichtsloser Weise begründet. Würde das Bundesverwaltungsgericht der Argumentation der Beschwerdeführerin folgen und die übrigen Anbieterinnen antragsgemäss vom Verfahren ausschliessen, so wäre der Zuschlag der Beschwerdeführerin als einzig verbleibender Anbieterin zu erteilen. Damit hat die Beschwerdeführerin eine reelle Chance, den Zuschlag zu erhalten. Ihr ist demnach die Beschwerdelegitimation grundsätzlich zuzusprechen.

E. 1.8.3

Allerdings wendet die Beschwerdegegnerin dagegen ein, die Beschwerdeführerin unterlasse es, nachvollziehbar darzulegen, inwiefern deren eigene Referenzprojekte die Eignungskriterien erfüllten. Daher habe sie ihre Beschwerdelegitimation nicht ausreichend dargetan und das Bundesverwaltungsgericht habe auf die Beschwerde nicht einzutreten. Dies ist unzutreffend. Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen, welche sämtliche der eingereichten Referenzprojekte als konform mit der Ausschreibung beurteilt hat. Wenn die Beschwerdeführerin diese Beurteilung bezüglich der Referenzprojekte der Beschwerdegegnerin und der Zweitplatzierten in Frage stellt, beseitigt sie damit nicht gleichzeitig auch die eigene Eignung. Auch die Vergabestelle ist während des gesamten Verfahrens nicht von ihrer Beurteilung abgewichen, wonach die Referenzprojekte der Beschwerdeführerin die Kriterien erfüllten. Es bestand demnach kein Anlass für die Beschwerdeführerin, sich zu ihren eigenen Referenzprojekten zu äussern.

E. 1.8.4

Gegen diese positive Beurteilung durch die Vergabestelle sprechen keinerlei Hinweise. Es besteht insofern auch kein Anlass, die Legitimation der Beschwerdeführerin von Amtes

wegen in Zweifel zu ziehen oder weitere Beweise zu erheben. Die Beschwerdegegnerin beantragt die Abweisung der Beschwerde soweit darauf einzutreten sei, und begründet auch, dass und weshalb sie die Eintretensvoraussetzungen für nicht gegeben erachtet. Damit stellt sie wie zur Thematik um den Schwellenwert einen eigenständigen Antrag auf Nichteintreten. Nach dem bisher Gesagten erweist sich dieser als unbegründet.

E. 1.9

Die Beschwerde wurde frist- (Art. 56 Abs. 1 BöB) und formgerecht (Art. 52 Abs. 1 VwVG) eingereicht, die Rechtsvertreter haben sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

E. 2

Die Beschwerdeführerin beantragt in der Sache, den Zuschlag aufzuheben, die Beschwerdegegnerin und die Zweitplatzierte wegen Nichterfüllung der Eignungskriterien vom Verfahren auszuschliessen und ihr den Zuschlag zu erteilen. Zunächst ist in allgemeiner Hinsicht zu beurteilen, ob die von der Beschwerdeführerin angestrebte enge Auslegung der ausgeschriebenen Eignungskriterien zutrifft (E. 3). Vor diesem Hintergrund lassen sich danach die Rügen der Beschwerdeführerin zur Beschwerdegegnerin allgemein (E. 4.2) sowie zu ihren Referenzprojekten (E. 4.3) beantworten.

E. 3.1

Das öffentliche Beschaffungsrecht bezweckt unter anderem den wirtschaftlichen und nachhaltigen Einsatz öffentlicher Mittel (Art. 2 Bst. a BöB). Dem entsprechend muss es sicherstellen, dass nur Anbieterinnen zugelassen werden, die überhaupt in der Lage sind, den Auftrag zu erfüllen. Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist deswegen die Befähigung jeder einzelnen Bewerberin zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Art. 27 Abs. 1 BöB verlangt daher, dass die Auftraggeberin in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen objektiv erforderliche und überprüfbare Eignungskriterien festlegt, die insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit der Anbieterinnen zur Erfüllung des konkreten Projekts betreffen. Dies galt schon unter dem bis Ende 2020 geltenden Beschaffungsrecht (vgl. Urteil des BVGer B-6506/2020 vom 6. April 2021 E. 2.1 "A1 / Weiningen"; Zwischenentscheid des BVGer B-82/2017 vom 24. April 2017 E. 8.2 "Bahnstromversorgungsanlagen"; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 555 f.). An der bisherigen Praxis zu den Eignungskriterien ist auch unter neuem Recht festzuhalten.

E. 3.2

Eignungskriterien dienen dazu, den Kreis der Anbieterinnen auf diejenigen Unternehmen einzugrenzen, welche in der Lage sind, den Auftrag in der gewünschten Qualität zu erfüllen (vgl. BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.1 "Mobile Warnanlagen"; 2010/58 E. 6.1 "Privatisierung Alcosuisse I"; Urteil B-6506/2020 E. 2.2 "A1 / Weiningen"). Die Nichterfüllung der Eignungskriterien führt notwendigerweise zum Ausschluss der Anbieterin (vgl. BGE 139 II 489 E. 2.2.4; Urteil des BVGer B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3.1 "Umnutzung Bundesarchiv"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 580), sofern sich der Ausschluss nicht als unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch erweist (vgl. Urteile des BGER 2C_665/2015 vom 26. Januar 2016 E. 1.3.3; 2C_346/2013 vom 20. Januar 2014 E.3.3; Zwischenentscheid B-82/2017 E. 11.10.5 "Bahnstromversorgungsanlagen").

E. 3.3

Der Vergabestelle kommt bei der Wahl der Eignungskriterien und der einzureichenden Eignungsnachweise ein grosses Ermessen zu (vgl. Zwischenentscheid B-82/2017 E. 8.3 "Bahnstromversorgungsanlagen"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 557). Die Beschwerdeführerin ficht die Eignungskriterien als solche nicht an, wie sie zu Recht selbst ausführt. Allerdings bezeichnet die Beschwerdeführerin die Eignungskriterien als "bescheiden" und leitet daraus ab, dass sie deshalb streng handzuhaben seien, um nicht die Zwecke der Eignungsprüfung zu unterwandern. Vergleichbare Projekte müssten sowohl in qualitativer als auch quantitativer Hinsicht ähnlich sein, was auch im Verhältnis zu allfälligen Dritten gelten müsse, die durch die Formulierung von einer Offerte abgehalten worden seien.

E. 3.3.1

Die Ausschreibung führt vorliegend keine Eignungskriterien auf, sondern verweist diesbezüglich auf die Ausschreibungsunterlagen (vgl. Ziff. 3.7 der Ausschreibung: "Aufgrund der in den Unterlagen genannten Kriterien"). Demnach ergeben sich die eigentlichen Eignungskriterien ausschliesslich aus den Ausschreibungsunterlagen. Diesen gemäss sind die Eignungskriterien einerseits "Referenzen über die Ausführung von 2 mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren realisierten Projekten in den letzten 5 Jahren", andererseits "Ausreichende personelle Ressourcen zur termingerechten Realisierung des Bauvorhabens". Weitere Anforderungen werden nicht genannt; insbesondere hinsichtlich des Kriteriums der Vergleichbarkeit sind den Ausschreibungsunterlagen keine näheren Konkretisierungen zu entnehmen. In der Fragerunde blieben die Eignungskriterien unerwähnt.

E. 3.3.2

Die Eignungskriterien sind im vorliegenden Fall offen formuliert, was den (ohnehin schon) grossen Spielraum der Vergabestelle tendenziell noch ausweitet. Es ist zwar nicht undenkbar, dass (in den Worten der Beschwerdeführerin) "die Eignungsprüfung gänzlich ihres Sinnes entleert" (abschliessende Stellungnahme, Rz. 9) und das Ziel einer sachgerechten Beschaffung (Art. 2 Bst. a BöB) verhindert würde. Im Übrigen könnte für potentielle Anbieterinnen die Handhabung von sehr offen formulierten Eignungskriterien durch die Vergabestelle kaum noch objektiv und im Voraus eingeschätzt werden, womit eine solche Ausschreibung im Widerspruch zum Transparenzgebot stünde. Auf die damit angesprochene Frage nach der Zulässigkeit der in casu verwendeten, offen formulierten Eignungskriterien hat das Bundesverwaltungsgericht jedoch aus den nachfolgend dargelegten Gründen nicht einzugehen.

E. 3.3.3

Dass die Vergabestelle in der Ausschreibung für die Eignungskriterien auf die Ausschreibungsunterlagen verweist, ist nicht zu beanstanden (Art. 27 Abs. 1 BöB). Dass die Ausschreibungsunterlagen in Bezug auf die verlangte Vergleichbarkeit der Referenzprojekte keine weiteren Kriterien bzw. keine Konkretisierungen aufführen und dass sich die Vergabestelle damit einen relativ grossen Beurteilungsspielraum vorbehielt, war für die Anbieterinnen ohne weiteres erkennbar. Unter Berücksichtigung von Artikel 53 Absatz 2 BöB hätte die Beschwerdeführerin die vorliegend verlangte, aber nicht weiter konkretisierte Vergleichbarkeit im Rahmen einer Beschwerde gegen die Ausschreibung beanstanden können (Art. 53 Abs. 1 BöB) bzw. müssen, was die Vergabestelle zu Recht

anmerkt und die Beschwerdeführerin auch nicht bestreitet. Mangels Anfechtung der Ausschreibung sind die in den Ausschreibungsunterlagen genannten Anforderungen rechtskräftig geworden und können nicht mehr erfolgreich mit Beschwerde gegen den Zuschlag beanstandet werden (vgl. Urteil B-6261/2020 vom 18. Mai 2021 E. 6.6.2; Zwischenentscheid B-82/2017 E. 10.1 "Bahnstromversorgungsanlagen"). Inhalt, Formulierung und Genauigkeit der von der Vergabestelle verlangten Eignungskriterien sind vorliegend also nicht zu überprüfen. Es stellt sich vielmehr einzig die Frage nach der Auslegung und Anwendung der Eignungskriterien, wozu bereits eine gefestigte Praxis besteht.

E. 3.3.4

Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Anforderungen und Kriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteil des BGer 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1 "Leitsystem A9"; Urteil des BVGer B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 7.5.3.2 "Mediamonitoring ETH-Bereich II"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 566 ff.). Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteile B-6506/2020 E. 3.5.2 "A1 / Weiningen" und B-3875/2016 E. 3.2 "Umnutzung Bundesarchiv"). Vergleichbare Leistungen oder Arbeiten müssen zwar nicht mit der ausgeschriebenen Leistung identisch, aber dieser doch ähnlich sein und nahekommen (vgl. Urteile des BVGer B-4941/2020 vom 6. April 2021 E. 3.8 "2TG Bauherrenvermesser"; B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 3.10.1 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel" und Zwischenentscheide des BVGer B-6332/2016 vom 21. November 2016 E. 5.7.1 "Erneuerung Videoanlage II"; B-82/2017 E. 11.6.6 "Bahnstromversorgungsanlagen"). Die Vergabestelle verfügt allerdings nicht nur bei der Formulierung, sondern auch bei der Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen - im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle - nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteil des BGer 2D_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2; des BVGer B-3875/2016 E. 3.2 "Umnutzung Bundesarchiv"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 557 und 564 f.). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteile B-6506/2020 E. 3.5.2 "A1 / Weiningen"; B-3875/2016 E. 3.2 "Umnutzung Bundesarchiv"). Das Bundesverwaltungsgericht greift nur ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt. Dies gilt insbesondere in Bezug auf den Entscheid der Vergabestelle, welche als Referenz ausgewählten Arbeiten sie mit der ausgeschriebenen Leistung als vergleichbar erachtet. Namentlich umfasst das Ermessen der Vergabestelle die Beurteilung, ob eine Referenz ausreichend belege, dass eine Unternehmung den ausgeschriebenen Auftrag zu erfüllen in der Lage sei (Urteile B-6506/2020 E. 2.3 "A1 / Weiningen"; B-3875/2016 E. 3.2 u. 3.7 "Umnutzung Bundesarchiv"; Zwischenentscheid B-82/2017 E. 11.6.5 "Bahnstromversorgungsanlagen"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 565, je m.H.).

E. 3.3.5

Die Bindung der Vergabestelle an die in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Vergabekriterien bezweckt einerseits die Transparenz des Verfahrens im öffentlichen Interesse an einem wirtschaftlichen Einsatz der Mittel des Gemeinwesens und andererseits den Schutz des Vertrauens der Anbieterinnen in die ihnen gegenüber bekanntgegeben "Spielregeln des Verfahrens". Der insofern spezialgesetzlich konkretisierte, aber auch verfassungsmässige Anspruch (vgl. Art. 5 Abs. 3 und 9 BV) schützt die Anbieterin, die ihr Angebot so verfasst und diejenige Nachweise beigebracht hat, von denen sie aufgrund der Ausschreibungsunterlagen annehmen durfte, dass sie ausreichend seien, in diesem Vertrauen. Eine unterliegende Anbieterin, die geltend macht, die Vergabebehörde habe bei der obsiegenden Konkurrentin ein Eignungskriterium weniger streng gehandhabt, als es in der Ausschreibung festgelegt worden ist, kann sich mit diesen Rügen dagegen nicht auf den Vertrauensgrundsatz berufen (vgl. Claudia Schneider Heusi, Referenzen, Labels, Zertifikate, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2016, Rz. 33, mit Hinweisen auf die Urteile des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2012.00243 vom 21. September 2012 E. 3.5 und VB.2012.00176 vom 5. Oktober 2012 E. 3.1.1). Bei unklar formulierten Eignungskriterien ist es daher nicht unzulässig, wenn die Vergabestelle zu Gunsten jedes Anbieters alle nach Treu und Glauben möglichen Auslegungsvarianten gelten lässt und die entsprechend nachgewiesene Eignung des jeweiligen Anbieters bejaht (vgl. Urteil des BVGer B-8115/2015 vom 6. Oktober 2016 E. 3.8.4 "Gewölbearbeiten im Furkatunnel").

E. 3.3.6

Grundsätzlich ist demnach der Vergabestelle zuzustimmen, wenn sie sich auf ihren weiten Ermessensspielraum beruft. Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass der Vergabestelle sehr weitgehende Freiheit bei der Beurteilung der Eignungskriterien zukommt. Die Vergabestelle ist aber an das Vergaberecht und den Inhalt ihrer Ausschreibung gebunden und muss ihr Ermessen rechtmässig ausüben. Aus dem Transparenzgebot (Art. 2 Bst. b und Art. 11 Bst. a BöB) und dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 2 Bst. c BöB) ergibt sich nach der Praxis, dass die Vergabestelle nicht die bekanntgegebenen Kriterien ausser Acht lassen, ihre Bedeutungsfolge umstellen, andere Gewichtungen vornehmen oder Kriterien heranziehen darf, die sie nicht bekanntgegeben hat (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.5 "Mobile Warnanlagen").

E. 3.3.7

Wenn jedes Referenzprojekt in jeder oder in mehreren Dimensionen (beispielsweise Auftragsvolumen, Denkmalschutz, Zeitdruck, Frequentierung des Betriebs, Beschaffenheit und Grösse des verwendeten Materials, Auslegeordnung der Platten, Beschaffenheit des Untergrunds, Verhältnis von Belagsarbeiten zu [übrigen] Umgebungsarten etc.) einzeln vergleichbar oder gar identisch mit dem vorliegenden Projekt sein müsste, würden im Ergebnis anstelle des publizierten Eignungskriteriums der Vergleichbarkeit der Referenzprojekte eine Reihe eigenständiger Vergleichbarkeiten gefordert. Aufgrund der in E. 3.3.5 erwähnten Rechtsprechung dürften solche nicht publizierten Kriterien aber nicht zur Beurteilung der Eignung der potentiellen Anbieterinnen beigezogen werden. Entgegen der beschwerdeführerischen Ansicht lässt sich aus der offenen Formulierung von Eignungskriterien nicht entnehmen, dass sie besonders eng auszulegen wäre. Eine weite (aber hinzunehmende, vgl. E. 3.4) Formulierung der Eignungskriterien kann nicht so verstanden werden, dass die Vergabestelle vergleichsweise hohe Anforderungen an die Eignung stellt.

E. 3.3.8

Eine akzessorische Überprüfung der Eignungskriterien im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags käme bei der gegebenen Konstellation höchstens noch dort in Betracht, wo die Eignungskriterien der Vergabestelle schlechterdings verunmöglichen würden, eine ungeeignete Anbieterin vom Verfahren auszuschliessen - insbesondere im Sinne einer (Teil-)Nichtigkeit (vgl. in ähnlichem Zusammenhang den Zwischenentscheid des BVerG B-3238/2021 vom 18. Oktober 2021 E. 5 "Google / Public Cloud"). Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall nicht gegeben, denn die verlangte Vergleichbarkeit erfährt aufgrund der Tatsache, dass sie sich auf das ausgeschriebene Projekt beziehen muss, eine gewisse implizite Präzisierung. Damit kann die von der Vergabestelle gewählte Formulierung jedenfalls nicht dahingehend aufgefasst werden, dass sie keine Prognose über die Leistungsfähigkeit der Anbieterin zur Realisierung des zu vergebenden Auftrags (vgl. dazu Urteil B-4941/2020 E. 3.8 "2TG Bauherrenvermesser") ermöglichte. Die geforderte Vergleichbarkeit gibt der Vergabestelle durchaus eine Handhabe, eine ungeeignete Anbieterin auszuschliessen.

E. 3.4

Nach dem Gesagten ist die unterlassene Aufschlüsselung des Kriteriums der Vergleichbarkeit in den Ausschreibungsunterlagen hinzunehmen. Die Beschwerdeführerin muss es sich gefallen lassen, dass die Vergabestelle die Vergleichbarkeit mit entsprechend weitem Ermessen und anhand eines eigenen Prüfprogramms beurteilt. Da dem Bundesverwaltungsgericht keine Ermessenskontrolle zusteht (vorstehend E. 3.3.4), greift es in diese Anwendung durch die Vergabestelle nur im Falle rechtsfehlerhafter Ermessensausübung ein.

E. 3.4.1

Vorliegend führt die Vergabestelle aus, sie habe unter diesem Eignungskriterium die grundsätzliche fachliche und technische Leistungsfähigkeit der Anbieterinnen geprüft und beurteilt, ob sie das Projekt erfolgreich abschliessen können. Anders als bei technischen Spezifikationen gebe es keine präzisen technischen Details, die eingehalten werden müssten und im Unterschied zu den Zuschlagskriterien stehe nicht die ausdifferenzierte Abstufung der einzelnen Anbieterinnen zur Diskussion. Es sei daher nicht beabsichtigt gewesen, die Referenzprojekte eng zu definieren, und in der Ausschreibung sei bewusst keine deckungsgleiche Referenz zum vorliegenden Projekt verlangt worden. Vergleichbar bedeute nicht identisch, sondern sei relativ zu verstehen; gewünscht seien Hinweise, um die fachliche und technische Eignung der Anbieterinnen für das Projekt abschätzen zu können. Dabei habe die Vergabestelle insbesondere auf folgende Kriterien geachtet: Erfahrung beim Verlegen von Natursteinplatten und -blöcken nach bestimmten Vorgaben, Erfahrung mit historischen Anlagen und Denkmalpflege, Umgang mit öffentlich zugänglichen Flächen im Aussenraum, Erfahrung in Baustellenlogistik und mit Termindruck. Alle Referenzprojekte seien vor diesem Hintergrund als geeignet beurteilt worden.

E. 3.4.2

Diese Ausübung ihres Ermessens durch die Vergabestelle überschreitet offensichtlich nicht den von der Formulierung in den Ausschreibungsunterlagen eingeräumten Spielraum: Eine Beurteilung der Vergleichbarkeit der Referenzprojekte entsprechend diesen von der Vergabestelle angestellten Überlegungen steht nach Ansicht des Gerichts durchwegs in einem objektiven Zusammenhang mit der für die Referenzobjekte verlangten

Vergleichbarkeit und ermöglicht der Vergabestelle, sich ein Bild über die grundsätzliche Eignung der Offerenten zu machen. Anhaltspunkte, wonach die Geeignetheitsprüfung bzw. die Frage der Vergleichbarkeit der eingereichten Referenzobjekte rechtsungleich oder anderweitig willkürlich erfolgte, sind nicht ersichtlich. Vielmehr entspricht die Prüfung der Vergleichbarkeit der Referenzprojekte dem, was potentielle Anbieterinnen nach der Ausschreibung in guten Treuen verstehen können und müssen (vorstehend E. 3.3.4). Die Rüge der Beschwerdeführerin, die Prüfung der Vergleichbarkeit sei fehlerhaft erfolgt, erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet, weil die Überlegungen, von denen die Vergabestelle sich leiten liess, durchaus einen Vergleich der Projekte - wie von der Beschwerdeführerin gefordert - in qualitativer und quantitativer Hinsicht erlauben.

E. 3.5

Gesamthaft gesehen erweist sich die Auffassung der Vergabestelle als zutreffend, wonach ihr ein weites Ermessen betreffend Beurteilung der Eignungskriterien zukommt. Eine besonders enge Auslegung der Eignungskriterien, wie sie der Beschwerdeführerin vorschwebt, wird vom Vergaberecht nicht gefordert. Der Bezug zum ausgeschriebenen Projekt lässt eine zumindest minimale Einschätzung der Eignungskriterien selbst durch Aussenstehende (namentlich potentielle Anbieterinnen) zu. Auch die von der Vergabestelle konkret zur Beurteilung der Vergleichbarkeit beigezogenen Kriterien fallen ohne Weiteres in den in den Ausschreibungsunterlagen abgesteckten Rahmen. Da die Ermessensausübung durch die Vergabestelle einer vertretbaren Konkretisierung des Kriteriums "Vergleichbarkeit" Rechnung trägt, ist sie zu respektieren.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin behauptet allerdings sinngemäss, die Ausübung des Ermessens durch die Vergabestelle sei auch im Konkreten rechtsfehlerhaft.

E. 4.2

Zunächst bringt die Beschwerdeführerin vor, die Beschwerdegegnerin sei ganz generell nicht geeignet, den Auftrag zu erfüllen. Diese sei vor allem im Gartenbau tätig und habe vor allem in diesem Bereich Erfahrung. Dies zeige sich am im Handelsregister eingetragenen Gesellschaftszweck und an den Zuschlägen, die sie bislang erhalten habe. Diese Ausführungen gehen an der Sache vorbei. Die Bindung der Vergabestelle an ihre Ausschreibung bedeutet, dass sie die Eignung der Anbieterinnen gestützt auf die publizierten Eignungskriterien zu prüfen hat (vorstehend E. 3.3.5 f.). Demnach wäre es nicht möglich, die Eignung der Beschwerdegegnerin gestützt auf die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Elemente zu verneinen. Vielmehr ist die Eignung lediglich anhand der Vergleichbarkeit und diese anhand der konkret genannten Kriterien zu überprüfen.

E. 4.3

Das erste von der Beschwerdegegnerin eingereichte Referenzprojekt betrifft das Projekt "(...)". Gemäss dem im Angebot eingereichten Formular handelt es sich dabei um die Sanierung der historischen Natursteinpflasterung mit Flusswacken auf über 1000 m². Das Projekt hatte ein Auftragsvolumen von ca. Fr. 400 000.- und der Zeitpunkt der Inbetriebnahme sei der September 2016.

E. 4.3.1

Die Beschwerdeführerin bringt zu diesem Projekt vor, es entspreche nicht einmal ansatzweise dem ausgeschriebenen Auftragsvolumen und sei entsprechend nicht vergleichbar. Ausserdem seien die zu verlegenden Steine kleiner und entsprechend einfacher handzuhaben gewesen und seien nicht so präzise wie beim vorliegenden Projekt zu verlegen gewesen. Auch der Untergrund unter dem Belag sei beim Referenzprojekt, das auf natürlichem Grund liege, verschieden vom ausgeschriebenen Projekt, wo der Belag auf der "Decke" der Tiefgarage gebaut werden müsse. Zudem liege das Projekt ausserhalb des Referenzzeitrahmens, da es bereits 2015 fertiggestellt worden sei.

E. 4.3.2

Die Vergabestelle beurteilt das Projekt als vergleichbar. Es sei eine historische Natursteinpflasterung im denkmalgeschützten Bereich. Das Verlegemuster sei anspruchsvoll gewesen und die Fläche sei vergleichbar mit derjenigen im ausgeschriebenen Projekt. Nicht nur die Grösse der Steine sei relevant, sondern auch die Einbindeart und der Umgang mit den Fugen. Die Fertigstellung des Projekts Ende 2016 liege innerhalb des Referenzzeitrahmens.

E. 4.3.3

Die Beschwerdegegnerin führt aus, bei diesem Projekt handle es sich um eine denkmalgeschützte Parkanlage, die im September 2016 (und nicht schon 2015) in Betrieb genommen worden sei. Sie habe unter laufendem Betrieb über 1000 m² Pflasterung verlegen müssen. Eine Vergleichbarkeit der Projekte setze nicht voraus, dass die Auftragsvolumina der Projekte sich entsprechen müssten; ausserdem sei der Unterschied hauptsächlich auf unterschiedliche Materialkosten und unterschiedlich bearbeitete Steinelemente zurückzuführen. Überdies habe sich aus der Ausschreibung keine besonders strenge Handhabung der Eignungskriterien ergeben. Massgeblich könne nur sein, dass die Referenzen auf die Fachkompetenz der Anbieterin schliessen liessen. Auch sei keine identische Dimensionierung der Einzelplatten gefordert gewesen, sondern allgemeine Erfahrung beim Verlegen solcher Platten in vergleichbarem Umfeld. Dies werde durch das Projekt erfüllt. Bei diesem Referenzprojekt seien die Platten im Interesse der gewünschten denkmalpflegerischen Wirkung sehr präzise zu verlegen gewesen. Das Projekt habe vergleichbare Anforderungen an Baustellenlogistik und Terminierung gestellt.

E. 4.3.4

Nach dem Gesagten wurden die von der Vergabestelle aufgestellten Eignungskriterien nicht mit Beschwerde gegen die Ausschreibung angefochten und sind vorliegend nicht zu beurteilen (vorstehend E. 3.3.3). Bei der Anwendung der Kriterien kommt der Vergabestelle ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreifen darf (vorstehend E. 3.3.4). Zudem hat die Vergabestelle ausführlich und nachvollziehbar dargelegt, gestützt auf welche Überlegungen sie die Vergleichbarkeit generell geprüft hat (vorstehend E. 3.4.1). Auch im Konkreten gelangt sie nachvollziehbar zum Schluss, das Projekt sei als historische Natursteinpflasterung aufgrund ähnlicher Fläche, Einbindeart der Steine und Denkmalschutzes vergleichbar mit dem ausgeschriebenen Projekt. Vor diesem Hintergrund, zumal bei Respektierung des weiten Ermessensspielraums der Vergabestelle, erscheint die Beurteilung des Referenzprojekts jedenfalls als haltbar, so dass keine missbräuchliche Ausübung des Ermessens erkennbar ist. Die Annahme der Beschwerdeführerin, die Vergleichbarkeit der Projekte wäre zu verneinen gewesen, geht daher fehl.

E. 4.3.5

In ihrer Beschwerdeschrift hat die Beschwerdeführerin - noch in Unkenntnis der von der Beschwerdegegnerin konkret eingereichten Referenzprojekte - auch auf das Projekt "(...)" Bezug genommen und dazu ausgeführt, das Projekt sei bereits 2015 - und damit ausserhalb des Zeitrahmens für die Referenzprojekte - fertiggestellt worden. Sie hat diese Behauptung beweismässig aber nicht weiter unterlegt. In den durch die Vergabestelle eingereichten Akten zeigt sich, dass die Beschwerdegegnerin auf dem entsprechenden Formular als Zeitpunkt der Inbetriebnahme den September 2016 angegeben hat. Sowohl die Vergabestelle als auch die Beschwerdegegnerin weisen in ihren Eingaben darauf hin, das Bauwerk sei im September 2016 in Betrieb genommen worden. Es fällt auf, dass die Anforderungen an die möglichen Referenzprojekte in den Ausschreibungsunterlagen unterschiedlich formuliert sind: Im Punkt "3.1 Eignungskriterien" verlangen diese, soweit hier interessierend, Referenzen zur "Ausführung von [...] realisierten Projekten in den letzten 5 Jahren", wobei sie für die Angaben auf das "Formular 3" verweisen; dieses verlangt dagegen explizit die Angabe zum "Zeitpunkt der Inbetriebnahme". Damit blieb unklar, auf welchen Zeitpunkt - Fertigstellung oder Inbetriebnahme - abzustellen ist. Entsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht instruktionsweise nähere Angaben sowohl zur Fertigstellung als auch zur Inbetriebnahme verlangt (Sachverhalt Bst. L).

E. 4.3.5.1

Im Rahmen dieser Instruktion vertritt die Vergabestelle die Auffassung, sie habe als massgebenden Zeitpunkt jenen der Inbetriebnahme beabsichtigt, wie im "Formular 3" aufgeführt. Diese sei erst nach Abschluss der Arbeiten möglich und der letzte Akt im Bauprozess; zudem sei dieser Zeitpunkt einfacher zu bestimmen, während der Begriff "realisiert" gemäss Unterlagen unklar bleibe. Dieser Begriff solle nicht einen massgeblichen Zeitpunkt definieren, sondern lediglich zum Ausdruck bringen, dass die Projekte bereits abgeschlossen sein müssten. Wie bereits in den früheren Eingaben bekräftigt die Vergabestelle zudem, dass sie zur Berechnung der Frist praxisgemäss auf ganze Kalenderjahre abstelle und nicht von einem Datum her fünf Jahre zurückrechne. Zum konkreten Projekt äussert sie sich nicht, sondern verweist darauf, dass sie sich im Rahmen des Vergabeverfahrens auf den Wahrheitsgehalt der Angaben der Anbieterinnen verlassen können. Im vorliegenden Verfahren seien die Angaben plausibel gewesen und mangels begründetem Anlass für Zweifel habe sie keine weiteren Abklärungen vorgenommen. Ihr lägen demnach auch keine weiteren Unterlagen zum Referenzprojekt vor.

E. 4.3.5.2

Die Beschwerdegegnerin führt aus, die Unterlagen sprächen von "realisiert", während das "Formular 3" auf die "Inbetriebnahme" abstelle. Vor diesem Hintergrund sei es unklar, welcher Zeitpunkt gemeint sei und unklar sei überdies auch, wie diese jeweiligen Zeitpunkte zu verstehen seien. Daher sei nach dem Vertrauensgrundsatz zum Schutz der Anbieterinnen auf die Auffassung abzustellen, die diese dem Kriterium beimassen. Zum konkret streitigen Projekt führt sie aus, sie habe die Gärtner- und Belagsarbeiten im Jahr 2016 abgeschlossen und auch die Inbetriebnahme sei 2016 erfolgt; dazu verweist sie auf ihre Schlussabrechnungen vom 7. Juni 2016. Überdies habe sie auch noch im Jahr 2017 verschiedene Zusatz- und Garantiarbeiten ausgeführt, wozu sie auf die eingereichte Aufstellung dieser Arbeiten vom 19. Mai 2017 verweist. Sie hätte sich daher auch auf das Jahr 2017 als Zeitpunkt der Fertigstellung berufen können. Gegen eine Fertigstellung vor

2016 spreche schliesslich auch die Tatsache, dass sie über mehrere jüngere alternative Referenzprojekte verfüge, die sie hätte einreichen können, wenn sie nicht von der Rechtzeitigkeit des gegenständlichen Referenzprojekts ausgegangen wäre.

E. 4.3.5.3

Die Beschwerdeführerin beruft sich im Wesentlichen auf die Sachgerechtigkeit und den Grundsatz der Gleichbehandlung und schliesst daraus, es sei im Allgemeinen auf den Zeitpunkt der Fertigstellung im Sinne des Abschlusses der Arbeiten (der betreffenden Anbieterin) abzustellen; die Inbetriebnahme sei kein geeignetes Kriterium, um die Aktualität eines Referenzprojektes zu belegen. Dies sei aber der Sinn der entsprechenden Frist in den Eignungskriterien. Das Abstellen auf den Zeitpunkt der Inbetriebnahme könne eine erhebliche Ungleichbehandlung der verschiedenen Anbieterinnen mit sich bringen, obwohl der konkrete Beitrag gar nicht unterschiedlich sei. Was die Berechnung der Frist angeht, verweist die Beschwerdeführerin auf die Ausführungen in ihren früheren Eingaben, wonach das Abstellen auf ganze Kalenderjahre zu einer markanten Verlängerung der Frist führen könnte. Betreffend das konkrete Projekt stellt sie sich auf den Standpunkt, die Beschwerdegegnerin habe wissen müssen, dass die Aktualität des Referenzprojekts sich nur aus ihrer eigenen Leistung und nicht aus der Inbetriebnahme ergebe, weshalb auch im Konkreten vom Fertigstellungszeitpunkt auszugehen sei. Sie, die Beschwerdeführerin, gehe davon aus, dass die Fertigstellung bereits 2015 erfolgt sei: In beiden Schlussabrechnungen der Beschwerdegegnerin sei zu lesen, dass Versicherungsgarantien per 1. August 2015 eingeholt worden seien, was auf eine Gewährleistungsgarantie ab dem Zeitpunkt der Abnahme schliessen lasse, welcher demnach im Jahr 2015 liege. Dies ergebe sich auch aus der Broschüre des Baumanagements des gegenständlichen Referenzprojekts, das ebenfalls eine Ausführung in den Jahren 2014 - 2015 nenne. Auch die Zusatz- und Garantiarbeiten hülften der Beschwerdegegnerin nicht. Schon der Begriff der Zusatzarbeit belege, dass die Arbeiten nicht innerhalb vom, sondern zusätzlich zum eigentlichen Projekt geleistet worden seien; auch Garantiarbeiten setzten ein bereits abgenommenes Werk voraus. Zudem deute auch das SIA-Abnahmeprotokoll von 2017 aufgrund der zweijährigen SIA-Rügefrist auf eine Fertigstellung bereits 2015 hin. Unbehelflich sei schliesslich der Verweis auf andere mögliche aber nicht eingereichte Referenzprojekte.

E. 4.3.5.4

Zur Berechnung der Frist darf entgegen den Ausführungen der Vergabestelle nicht auf ganze Kalenderjahre abgestellt werden. Die Wendung "in den letzten 5 Jahren" in Ziffer 3.1 des Kapitels B der Ausschreibungsunterlagen muss nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch klarerweise so aufgefasst werden, dass die Frist vom Stichtag an zurückzurechnen ist und kann sich sprachlich nicht auf die vorangehenden ganzen Zeiträume (im vorliegenden Fall die fünf vorangehenden Kalenderjahre) beziehen. Daher ist vom Einreichungstermin für die Offerten an zurückzurechnen; demnach ergibt sich der 6. August 2016 als frühester zulässiger Zeitpunkt eines Referenzprojekts, wobei sich - wie sich zeigen wird - im Ergebnis auch nichts ändern würde, wenn als Stichtag der Tag der Ausschreibung massgebend wäre. Hätte die Vergabestelle eine Berechnungsweise im gegenteiligen Sinn angestrebt, hätte es ihr freigestanden, in Ziffer 3.1 des Kapitels B der Ausschreibungsunterlagen explizit einen Ausdruck wie "der vorangegangenen ganzen Jahre" oder "der letzten fünf Kalenderjahre" zu benutzen oder im "Formular 3" im Kapitel C der Ausschreibungsunterlagen nach dem "Jahr", nicht nach dem "Zeitpunkt" der Inbetriebnahme zu fragen. Ohne entsprechende Ausführungen ist indessen nach Treu und

Glauben davon auszugehen, dass die Frist vom Stichtag an zurückzurechnen ist. Demnach durfte die Vergabestelle ohne Überschreitung ihres Ermessens keine Referenzprojekte berücksichtigen, die vor August 2016 fertiggestellt worden waren. Zudem kann sich auch die Beschwerdegegnerin nicht darauf berufen, sie sei von ganzen Jahren ausgegangen, denn sie selbst hat in ihrem "Formular 3" nicht nur das Jahr, sondern einen Monat angegeben. Dies zeigt, dass auch sie nicht von ganzen Jahren ausgegangen ist.

E. 4.3.5.5

In Bezug auf den fristauslösenden Vorgang (Realisierung im Sinne von Fertigstellung oder Inbetriebnahme) kann entgegen der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin nicht auf die Inbetriebnahme abgestellt werden. Die Ziffer 3.1 im Kapitel B der Ausschreibungsunterlagen verlangt den folgenden Nachweis: "Referenzen über die Ausführung von 2 mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren realisierten Projekten in den letzten 5 Jahren. Für die Angaben ist das Formular 3 zu verwenden." Nach üblichem Sprachverständnis ist unter der Realisierung die Ausführung des Projekts gemeint; diese endet mit der Fertigstellung, nicht mit der Inbetriebnahme. Daran ändert der Verweis auf das "Formular 3" in Kapitel C der Ausschreibungsunterlagen nichts. Denn zwischen der Ziffer 3.1 im Kapitel B der Ausschreibungsunterlagen und dem "Formular 3" im Kapitel C der Ausschreibungsunterlagen ergibt sich aus einer systematischen Betrachtungsweise eine hierarchische Abstufung zu Gunsten der ersteren. Zwar darf aufgrund des Verweises das Formular im Rahmen einer systematischen Auslegung der Eignungskriterien berücksichtigt werden, doch muss zwischen dem Vertrauen der Anbieterinnen in die Ausschreibungsunterlagen und der Bindung der Vergabestelle an ihre Ausschreibung eine Balance gefunden werden (vgl. zum Ganzen das Urteil des BGer 2C_1078/2019 vom 22. Juni 2021 E. 5.2.3). Es ist in diesem Fall nicht gerechtfertigt, den Wortlaut der Anforderung in Ziffer 3.1 im Kapitel B der Ausschreibungsunterlagen durch den Begriff "Inbetriebnahme" im "Formular 3" im Kapitel C der Ausschreibungsunterlagen zu übersteuern, denn das Formular dient nur der Beschaffung der zur Beurteilung der Referenzprojekte notwendigen Informationen. Auch die Anbieterinnen - insbesondere die Beschwerdegegnerin - durften sich also nicht auf die Ausführung im Formular verlassen.

E. 4.3.5.6

Im Rahmen der Instruktion sollte eruiert werden, wann die Fertigstellung und/oder die Inbetriebnahme des vorliegenden Referenzprojekts stattfanden. Klar ist, dass jedenfalls eine Fertigstellung oder Inbetriebnahme im Jahr 2015 zu früh wäre, mithin die Anforderungen gemäss Ziffer 3.1 des Kapitels B der Ausschreibungsunterlagen nicht erfüllt. Auch im Vergabeverfahren gilt die Untersuchungsmaxime; es ist die Aufgabe der Vergabestelle, den Sachverhalt zu erstellen, wobei sie sich nötigenfalls im Rahmen einer weitgehenden Mitwirkungspflicht auf die verschiedenen Anbieterinnen, für das vorliegende Projekt also die Beschwerdegegnerin, abstützen kann (vgl. BGE 143 II 425 E. 5.1 "Publicom"). Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass nunmehr zu prüfen wäre, ob mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststeht, dass das in Frage stehende Referenzprojekt der Beschwerdegegnerin effektiv im massgebenden Zeitraum (vgl. E. 4.3.5.4) fertiggestellt (vgl. E. 4.3.5.5) worden ist. Doch weder im Vergabeverfahren noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren haben die Vergabestelle oder die Beschwerdegegnerin belastbare Beweise für eine Fertigstellung im massgebenden Zeitraum zwischen dem 6. August 2016 und dem 6. August 2021 vorgelegt. Auch der Beizug der Schlussabrechnungen der Beschwerdegegnerin aus dem Jahr 2016 sowie der Auflistung

von im Jahr 2017 durchgeführten Zusatz- und Garantiarbeiten lässt nicht hinreichend auf eine Fertigstellung im Jahr 2016 schliessen. Die Schlussabrechnungen weisen einen Garantiebeginn im August 2015 aus, womit für die Fertigstellung von diesem Zeitpunkt auszugehen wäre. Auch dass die Schlussabrechnungen selbst aus dem Jahr 2016 datieren, legt eine Fertigstellung ab August 2016 oder später nicht nahe, können doch die Rechnungen auch geraume Zeit nach Abschluss der Arbeiten versandt werden (was aufgrund des Datums des Garantiebeginns auch plausibel erschiene). Zudem findet sich, wie auch die Beschwerdeführerin zutreffend ausführt, in der Broschüre der Bauherrschaft des vorliegenden Referenzprojekts der Hinweis darauf, dass das Projekt von "2014-2015" gedauert habe. Die Indizienlage legt demnach eine Fertigstellung im Jahr 2015 nahe. Der erforderliche volle Beweis (vgl. Urteil des BVGer B-2675/2012 vom 21. Oktober 2020 E. 3.3.2 "Ersatzbeschaffung SBB-Billetautomaten") ist weder für eine Fertigstellung nach dem 6. August 2016 noch nach dem 26. Juni 2016 (wenn man als Stichtag das Ausschreibungsdatum nehmen wollte) erbracht. Nach der bestehenden Beweislage kann das Bundesverwaltungsgericht nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit von der Rechtzeitigkeit des vorliegenden Referenzprojekts ausgehen. Im Übrigen wäre selbst für die Inbetriebnahme, wenn auf diese abgestellt werden könnte, nicht hinreichend nachgewiesen, dass diese nach dem 6. August 2016 stattfand.

E. 4.3.5.7

Der eben erwähnten Auffassung stand eine Minderheitsmeinung gegenüber, die sich im Spruchkörper nicht durchsetzen konnte. Nach dieser Ansicht ist es nicht am Bundesverwaltungsgericht, ohne Not in das Ermessen der Vergabestelle einzugreifen. Die Minderheit weicht daher in allen drei Punkten von der Mehrheitsmeinung ab: Sie hätte das Abstellen auf ganze Jahre aufgrund der Formulierung in den Ausschreibungsunterlagen "Referenzen zur Ausführung von [...] realisierten Projekten in den letzten 5 Jahren" sowie den fristauslösenden Vorgang der Inbetriebnahme zugelassen, da eine Hierarchie zwischen den einzelnen Teilen der Ausschreibungsunterlagen zu verneinen sei. Sprachlich wäre auch diese Auffassung vom Ausschreibungstext abgedeckt und daher das mögliche Vertrauen der Anbieterinnen in die Angaben auf dem "Formular 3" zu schützen, solange sich hieraus keine rechtsungleiche Benachteiligung einer Anbieterin oder eine anders gelagerte Vergaberechtswidrigkeit ergäbe. Schliesslich hätte nach der Minderheitsmeinung mangels substantiiertes Bestreiten des rechtzeitigen Inbetriebnahmedatums die Inbetriebnahme im Jahr 2016 plausibel erscheinen können.

E. 4.3.6

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beurteilung der Vergabestelle, das Referenzprojekt "(...)" sei mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbar, vor dem Hintergrund ihres weiten Ermessens nicht zu beanstanden ist. Allerdings gelingt der Beschwerdegegnerin und der Vergabestelle der Nachweis nicht, dass das Referenzprojekt innerhalb des zulässigen Zeitrahmens liegt. Demnach erfüllt das Referenzprojekt die Anforderungen nicht und die Beschwerdegegnerin wäre auszuschliessen gewesen (vorstehend E. 3.2).

E. 4.4

Bei dieser Sachlage ist der Zuschlag aufzuheben. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der Sache selbst oder kann diese an die Vergabestelle zurückweisen, wobei es verbindliche Anweisungen zu erteilen hat (Art. 58 Abs. 1 BÖB). Ersteres wäre vorliegend nur dann angezeigt, wenn die Sache nach Aufhebung des angefochtenen Urteils

offenkundig spruchreif erschiene (vgl. Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 7.2 "Vollzug Zielvereinbarungen post 2020"). Für die Neuzuteilung des Zuschlags fehlen dem Bundesverwaltungsgericht allerdings auch betreffend die Fertigstellung der Referenzprojekte der Zweitplatzierten belastbare Informationen. Daher ist die Zuschlagsverfügung gemäss Eventualbegehren der Beschwerdeführerin aufzuheben und das Verfahren zur vertieften Abklärung des Sachverhalts an die Vergabestelle zurückzuweisen. Sie wird - etwa durch Nachfrage bei den Bauherrschaften - nach den Vorgaben der vorstehenden Erwägungen festzustellen haben, ob und inwiefern die Referenzprojekte der Zweitplatzierten die Eignungskriterien erfüllen, ob also deren Realisierung im Sinne der Fertigstellung in den Zeitraum ab August 2016 fällt. Entsprechend dem Ergebnis dieser Abklärungen wird sie zu entscheiden haben, wem der Zuschlag neu zu erteilen ist.

E. 5

Es haben bereits zwei Schriftenwechsel stattgefunden, in denen sich die Beteiligten ausführlich zur Hauptsache geäussert haben. Damit und nach dem Vorstehenden erscheint ein direkter Entscheid in der Hauptsache möglich. Deshalb ist es nicht erforderlich, zuerst gesondert über den Antrag auf aufschiebende Wirkung zu entscheiden (vgl. Urteil des BVGer B-2709/2019 vom 25. November 2019 E. 5 "Lüftungs- und Klimaanlage ETH"). Vielmehr kann das Verfahren bereits jetzt mit einem Endurteil abgeschlossen werden, weshalb die superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung dahinfällt und das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos wird.

E. 6.1

Die Verfahrenskosten sind den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Vorliegend entspricht das Bundesgericht dem Antrag der Beschwerdeführerin, den Zuschlag aufzuheben. Nur teilweise gutgeheissen wird der Antrag, es seien die Beschwerdegegnerin und die Zweitplatzierte vom Verfahren auszuschliessen sowie der Eventualantrag, es sei die Sache in diesem Sinne an die Vergabestelle zurückzuweisen, da die Zweitplatzierte nicht vom Verfahren ausgeschlossen wird. Die Beschwerdeführerin ist bei diesem Verfahrensausgang als teilweise obsiegend zu betrachten. Eine Rückweisung mit offenem Ausgang ist im Kostenpunkt allerdings wie eine vollständige Gutheissung zu behandeln (vgl. Urteil B-5266/2020 E. 8.1 "2TG Bauabwasserbehandlungsanlage Nord"). Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Im vorliegenden Fall werden die Verfahrenskosten auf Fr. 4 400.- festgelegt.

E. 6.2

Als unterliegend gelten demnach - zu gleichen Teilen - die sich am Prozess beteiligende Beschwerdegegnerin, die den Zuschlag verliert und vom Verfahren ausgeschlossen wird, sowie die Vergabestelle. Die nicht anwaltlich vertretene Zweitplatzierte hat zwar erklärt, sich am Verfahren beteiligen zu wollen, hat in der Folge aber weder Anträge gestellt noch sich inhaltlich geäussert. Unter diesen Umständen hat sie sich nicht als Verfahrenspartei konstituiert und fällt bei der Verteilung der Kosten ausser Betracht. Die Kosten wären also

grundsätzlich nach gleichen Teilen der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Die Vergabestelle tritt, wenn sie im Rahmen einer Ausschreibung ihren Bedarf deckt, nicht als (hoheitlich regulierende) Vorinstanz auf, sondern ist selbst eine regulierungsbedürftige Akteurin (vgl. Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13. April 2016 E. 5.3, nicht publiziert in BVGE 2017 IV/4 "Publicom"). In Bezug auf die Kosten ist sie allerdings wie eine Vorinstanz zu behandeln, weshalb ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Demnach verbleibt es bei der Hälfte der Verfahrenskosten, Fr. 2 200.-, die von der Beschwerdegegnerin zu tragen sind.

E. 6.3

Bei diesem Verfahrensausgang ist der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 7 Abs. 2 VGKE). Die Beschwerdegegnerin ist mit keinem ihrer Begehren durchgedrungen, weshalb ihr keine Parteientschädigung auszurichten ist; Gleiches gilt für die Vergabestelle, die als Bundesbehörde schon grundsätzlich keinen Anspruch auf Parteientschädigung hat (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

E. 6.3.1

Die Beschwerdeführerin hat keine Honorarnote eingereicht, obwohl das Bundesverwaltungsgericht (auch) auf einen bevorstehenden möglichen Entscheid in der Hauptsache hingewiesen hat. Demnach ist die Parteientschädigung aufgrund der Akten festzusetzen. In Anbetracht des Umfangs und der Komplexität des Falls erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 5 000.- für die Beschwerdeführerin als angemessen.

E. 6.3.2

Wird diese Parteientschädigung nach Massgabe des Unterliegens verteilt (Art. 7 Abs. 2 VGKE), haben die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin mit je Fr. 2 500.- zu entschädigen.

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