

# **BVGer B-5017/2017 vom 13. Dezember 2017**

Bundesverwaltungsgericht, 2017-12-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-5017\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5017_2017)

FR: TAF B-5017/2017 du 13 décembre 2017

IT: TAF B-5017/2017 del 13 dicembre 2017

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungswesen

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) sieht Art. 28 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

### **E. 1.2**

Ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der anhängig gemachten Beschwerde zuständig, so entscheidet es auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Art. 28 Abs. 2 BöB).

### **E. 1.3**

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen einen Ausschluss oder die Erteilung eines Zuschlags, der in den Anwendungsbereich des BöB fällt (vgl. Art. 29 Bst. a und d in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 BöB).

#### **E. 1.3.1**

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

#### **E. 1.3.2**

Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB; vgl. Anhang 1 Annex 1 zum GPA).

#### **E. 1.3.3**

Die Vergabestelle hat die vorliegende Beschaffung als Bauauftrag ausgeschrieben (vgl. Ziffer 1.8 der Ausschreibung). Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c BöB bedeutet der Begriff

"Bauftrag" einen Vertrag über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziff. 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 GPA. Die Vergabestelle hat unter der Common Procurement Vocabulary-Referenznummer (CPV-Nummer) 45233000 - Bauarbeiten, Fundamentierungsarbeiten und Oberbauarbeiten für Fernstrassen und Strassen aufgeführt (vgl. Ziff. 2.5 der Ausschreibung). Demnach ist im vorliegenden Fall von einem Bauauftrag auszugehen. Die Beschaffung fällt damit gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 BöB in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB.

#### **E. 1.3.4**

Der Zuschlag wurde zu einem Preis von Fr. 78'883'391.50 exkl. MWST vergeben (vgl. Ziff. 3.2 der Zuschlagsverfügung). Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. c der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WPF) vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 (SR 172.056.12) beträgt der Schwellenwert für Bauaufwerke 8.7 Millionen Franken. Demzufolge ist der Schwellenwert erreicht.

#### **E. 1.3.5**

Eine Ausnahme im Sinne von Art. 3 BöB liegt nicht vor. Das BöB ist folglich auf den vorliegenden Fall anwendbar.

#### **E. 1.3.6**

Das Bundesverwaltungsgericht ist daher prima facie für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

#### **E. 2.1**

Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des VwVG massgebend, soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

#### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin beantragt namentlich die Aufhebung der angefochtenen "Ausschlussverfügung" und Zuschlagsverfügung, eventualiter die Feststellung deren Rechtswidrigkeit. Damit richtet sie ihre Beschwerde nicht nur gegen den Zuschlag, sondern auch gegen den Ausschluss. Die Vergabestelle hat der Beschwerdeführerin am 16. August 2017 schriftlich mitgeteilt, dass ihr Angebot von der Bewertung ausgeschlossen worden sei, weil das Referenzprojekt die charakteristischen Fachbereiche des Submissionsgegenstandes nicht enthalte und die im Angebot vorgesehene Schlüsselperson mit dem abgegebenen Referenzprojekt nicht die geforderte Eignung erfülle. Für die Rechtsmittelbelehrung verwies die Vergabestelle auf die elektronische Publikation. Folglich ist das genannte Schreiben nicht als Verfügung, sondern als Orientierungsschreiben der Vergabestelle zu qualifizieren (Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2016 E. 1.4.1; vgl. dazu in Bezug auf den Fristenlauf Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1271).

#### **E. 2.3**

Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) und ist durch die angefochtene Verfügung - sie wurde aus dem Verfahren ausgeschlossen bzw. der Zuschlag wurde einer Mitbewerberin erteilt - besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG).

#### **E. 2.4**

Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, nicht, um die Legitimation zu bejahen. Der unterlegene Anbieter ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff.).

#### **E. 2.5**

Die Beschwerdeführerin hält in ihrer Beschwerde fest, dass ihr Angebot bei antragsgemässer Aufhebung des Ausschlusses aus dem Vergabeverfahren in die Bewertung einzubeziehen sei. Da sie mit ihrem Angebot den günstigsten Offertpreis eingereicht habe und auch bei der Bewertung der restlichen Zuschlagskriterien eine sehr gute Benotung zu erwarten sei, habe sie bei Aufhebung des Ausschlusses und der Zulassung zur Bewertung eine reelle Chance auf den Zuschlag (S. 7).

#### **E. 2.6**

Würde das Gericht dieser Argumentation Folge leisten, hätte die Beschwerdeführerin in der Tat eine reelle Chance, den Zuschlag zu erhalten. Die Aufhebung der Zuschlagsverfügung bzw. die Aufhebung des Ausschlusses aus dem Vergabeverfahren und die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vergabestelle würde dazu führen, dass die Vergabestelle die Offerte der Beschwerdeführerin zu evaluieren hätte (vgl. zum Ausschluss im offenen Verfahren den Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 3.2). Ausserdem ist der Offertpreis der Beschwerdeführerin gemäss dem Evaluationsbericht (Ziff. 3.1) im Vergleich zum Preis der Zuschlagsempfängerin günstiger. Das Angebot der Beschwerdeführerin ist sogar das günstigste Angebot gemäss Evaluationsbericht. Die Beschwerdeführerin hat daher jedenfalls ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.4 und 4.6 mit Hinweisen, Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 1. Februar 2017 E. 1.3). Indessen ist im Rahmen der Anfechtung eines Ausschlusses das von der Beschwerdeführerin gestellte Begehren, der Zuschlag sei ihr direkt zu erteilen, nicht zielführend, da die Evaluation durch die Vergabestelle erst noch erfolgen müsste. Die Beschwerdeführerin hat ausserdem keine Möglichkeit, den Zuschlag in Frage zu stellen, soweit sich der Ausschluss als rechtskonform erweist (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-985/2015 vom 25. März 2015 E. 1.3; Urteil des BVGer B-1875/2014 vom 16. Juli 2014 E. 1.3; zum Ganzen: Zwischenverfügungen des BVGer B-2297/2017 vom 3. Juli 2017 E. 2.3 und B-6327/2016 vom 21. November 2016 E. 1.4).

#### **E. 2.7**

Frist (Art. 30 BöB) und Form (Art. 52 Abs. 1 VwVG) der Beschwerde sind gewahrt. Die Rechtsvertreterinnen haben sich rechtmässig ausgewiesen (vgl. Art. 11 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

#### **E. 2.8**

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags bzw. eines impliziten Ausschlusses entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-2957/2017 vom 23. Juni 2017, E. 1.2 mit Hinweisen, und B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 1.2 mit Hinweisen; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1340 mit Fn. 3099).

### **E. 3.1**

Das BÖB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, welche Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (vgl. BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 mit Hinweisen). Dass der Gesetzgeber im BÖB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid B-3402/2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 mit Hinweisen).

### **E. 3.2**

Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Dasselbe gilt für den Fall, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 E. 3.1). Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, welche die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbesondere S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid B-3402/2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 mit

Hinweisen; in diesem Sinn 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 GPA - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweisen; vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1341; zum Ganzen Zwischenentscheid des BVGer B-7735/2016 vom 1. Februar 2017, publiziert als BVGE 2017 IV/3, E. 3.3).

#### **E. 4.1**

Vorliegend hat die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdeführerin einerseits deshalb nicht zur Bewertung zugelassen bzw. vom Verfahren ausgeschlossen, weil das Referenzprojekt die charakteristischen Fachbereiche des Submissionsgegenstandes nicht enthalte (Sachverhalt Bst. A.e hiervor). Dieser Mangel ist strittig und zu überprüfen.

#### **E. 4.2**

Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Art. 9 Abs. 1 BöB bestimmt, dass die Auftraggeberin die Anbieter auffordern kann, einen Nachweis ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Sie stellt dazu Eignungskriterien auf (vgl. dazu auch Art. VIII Bst. b GPA). Diese Bestimmung wird durch Art. 9 der Verordnung vom 11. September 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11) konkretisiert. Nach dessen Abs. 1 kann die Auftraggeberin für die Überprüfung der Eignung der Anbieter Unterlagen erheben und einsehen. Laut seinem Abs. 2 trägt sie bei der Bezeichnung der notwendigen Nachweise Art und Umfang des Auftrages Rechnung. Das Bundesverwaltungsgericht leitet in ständiger Rechtsprechung daraus ab, dass die Eignungskriterien auftragsspezifisch beziehungsweise leistungsbezogen sein müssen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-1687/2010 vom 19. Juli 2010 E. 4.1 mit Hinweisen; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 555-556 mit Hinweisen). Gemäss GATT-Botschaft 2 (BBl 1994 IV S. 1187-1188) soll der Nachweis auf diejenigen Eignungskriterien beschränkt werden, welche wesentlich sind, damit die Anbieterin den betreffenden Auftrag erfüllen kann. Die Eignungskriterien dürfen insbesondere nicht in der Absicht festgelegt werden, gewisse Anbieter zum Vornherein auszuschliessen (vgl. Zwischenentscheid B-504/2009 E. 5.3; zum Ganzen Zwischenverfügung des BVGer B-82/2017 vom 24. April 2017 E. 8.2).

#### **E. 4.3**

Bei der Wahl und Formulierung der Eignungskriterien kommt der Vergabebehörde ein grosser Ermessensspielraum zu, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 31 BöB nicht eingreifen darf. Daran ändert in der Regel auch der Umstand nichts, dass hohe Anforderungen an die Anbieter im Lichte von Art. 1 Abs. 1 Bst. b BöB, der als Ziel des Vergaberechts die Stärkung des Wettbewerbs vorgibt, problematisch sein können (Zwischenverfügung B-82/2017 E. 8.3 mit Hinweisen). Unzulässig können indessen namentlich Eignungskriterien sein, die ohne überwiegende Interessen an der Festlegung derselben die Anzahl möglicher Anbieter derart einschränken, dass kein hinreichender Restwettbewerb verbleibt (vgl. Urteil des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010, auszugsweise publiziert in BVGE 2010/58 E. 2; Urteil des BVGer B-4743/2015 vom 9. Dezember 2015 E. 4.1; Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, 2014, Rz. 324).

#### **E. 4.4**

Die Vergabestelle ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. So ist es der Vergabestelle untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern (vgl. Entscheid der BRK 2005-024 vom 6. Juni 2006 E. 3b). Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (Zwischenverfügung B-82/2017 E. 10.2.1 mit Hinweisen).

#### **E. 4.5**

Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind dabei 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 (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil des BGer 2C\_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1; Zwischenverfügung B-82/2017 E. 10.2.2). Doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien wie bereits erwähnt (E. 4.3) über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen - im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle - nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (vgl. Urteil des BGer 2D\_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2 mit Hinweisen; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 577 und 564-565 mit Hinweis auf die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken, da ihr nur beschränkte Kognition zukommt (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil 2C\_1101/2012 E. 2.4.1). 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 werden müsste (vgl. zum Ganzen BGE 141 II 14 E. 7.1; Zwischenverfügung B-82/2017 E. 10.2.2).

#### **E. 4.6**

Die Vergabestelle bezog das EK 4 in Ziff. 3.7 der Ausschreibung auf die Schlüsselperson. In Ziff. 3.8 wurde es als "Schlüsselperson Baustellenchef / Chefbauführer" näher bestimmt und für den Nachweis Folgendes gefordert: "1 Referenzobjekt über abgeschlossene Arbeiten in gleicher Funktion oder Stv.-Funktion mit vergleichbarer Komplexität und aus dem gleichen Fachbereich."

#### **E. 4.7**

Geprüft werden kann, welche Bedeutung den Anforderungen, welche die Vergabestelle an das Referenzprojekt für das EK 4 gestellt hatte und ohne Weiteres erkennbar waren, mit Blick auf die Vergleichbarkeit mit dem vorliegend in Frage stehenden Beschaffungsgegenstand zukommt bzw. ob die diesbezügliche Auslegung der Vergabestelle rechtlich haltbar ist (vgl. Urteil B-3875/2016 E. 3.4.4 und Urteil des BVGer B-7208/2014 vom 13. März 2016 E. 3.10.3; Zwischenverfügung B-82/2017 E. 10.1.2).

#### **E. 5.1.1**

Die Beschwerdeführerin bemängelt in ihrer Beschwerde, die Vergabestelle habe den Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin aufgrund der Nichterfüllung des EK 4 (Schlüsselperson) zum einen damit begründet, dass das Referenzprojekt des Baustellenchefs ein Neubauprojekt eines einzelnen (Autobahn-)Anschlusses sei und nicht

die charakteristischen Fachbereiche (Belag/Instandsetzung Kunstbauten) des Submissionsgegenstands enthalte (S. 13). Aufgrund der ihr eingereichten Unterlagen hätte die Vergabestelle die vergleichbaren Referenzobjekte ohne grossen Aufwand feststellen können bzw. müssen (S. 15).

#### **E. 5.1.2**

Die Vergabestelle wendet in ihrer Vernehmlassung dagegen ein, bereits aus dem Projekttitel der Ausschreibung "UPlaNS Verzweigung Zürich Ost - Effretikon BAU Hauptarbeiten: Instandsetzung N01 zwischen der Verzweigung ZH-Nord und dem Anschluss Effretikon (ca. 12.2 km)" sei erkennbar, dass es sich bei der Beschaffung um Erneuerungsarbeiten auf einer sich in Betrieb befindenden, vielbefahrenen Strasse handle. Das eingereichte Referenzprojekt der Beschwerdeführerin hingegen betreffe einen Neubau von Auf- und Abfahrten eines Vollanschlusses für die künftige Autobahn, also abseits des Nationalstrassenverkehrs und erwiesenermassen kein Unterhaltsprojekt (S. 4). Die Beschwerdeführerin habe für das EK 4 ein Referenzprojekt eingereicht, das nicht wie gefordert aus dem gleichen Fachbereich stamme. Weiter zeuge das Referenzprojekt nicht von vergleichbarer Komplexität (S. 10).

#### **E. 5.2**

Zu den Rügen der Beschwerdeführerin ist vorab festzuhalten, dass sie die Anforderungen an das EK 4 (vgl. E. 4.6 vorstehend), wonach ein Referenzprojekt mit vergleichbarer Komplexität und aus dem gleichen Fachbereich einzureichen ist, per se nicht in Frage stellen. Diesbezüglich wäre eine allfällige Rüge gegen die Ausschreibung mit der Begründung, es würden zu hohe Ansprüche an das Referenzobjekt gestellt, wohl auch verspätet (BVGE 2014/14 E. 4.4; vgl. dazu den Zwischenentscheid des BVGer B-6332/2016 vom 21. November 2016 E. 5.3). Die Beschwerdeführerin macht vielmehr geltend, dass die Vergabestelle ihr Angebot zu Unrecht mangels Erfüllung des Kriteriums "gleicher Fachbereich" aus dem Verfahren ausgeschlossen hat.

#### **E. 5.3.1**

Als Referenzobjekt führte die Beschwerdeführerin unter Ziff. 2.4, "EK 4 - Qualifikation Schlüsselperson (Baustellenchef / Chefbauführer)", des Dokuments "5 Unternehmerangaben" (S. 8) das "Baulos 06594, VW H.\_\_\_\_\_ Kunstbauten 3930 I.\_\_\_\_\_" an. Als Leistungen seien 70.000 m<sup>2</sup> Spundwände, 1.700 Stk. Anker, 3.500 St. Mikropfähle, 150.000 m<sup>3</sup> Baugrubenaushub, 48.500 m<sup>3</sup> Beton, 19.000 m<sup>3</sup> Unterwasserbeton, 56.500 m<sup>2</sup> Schalung, 7.300 to Bewehrung und 57.000 m<sup>2</sup> Abdichtung mit PDB erbracht worden. Bauherr sei das Amt für Nationalstrassenbau Glis des Kantons Wallis gewesen. Das Referenzobjekt habe im Zeitraum Februar 2014 bis Mai 2017 stattgefunden. Die Werkvertragssumme habe Fr. 80.46 Mio. betragen. Das Referenzobjekt sei auf einer Hochleistungsstrasse (HLS) unter Verkehr ausgeführt worden. Es handle sich um den Vollanschluss "I.\_\_\_\_\_ West" der Autobahn A9 im Bereich H.\_\_\_\_\_ - Gemeinde I.\_\_\_\_\_ mit Querung der Linie der Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) und der Erdgaspipeline. Die Gesamtlänge des Objektes sei 3.2 km. Sie weise eine Verzweigung bzw. einen Anschluss auf.

#### **E. 5.3.2**

Im Dokument "Referenzprojekt" der Beschwerdeführerin wird dieses Projekt näher beschrieben: Es bestehe aus dem Neubau sämtlicher Auf- und Abfahrten des Vollanschlusses "I.\_\_\_\_\_ West". Der Verkehrsknotenpunkt beinhalte die Herstellung der

tiefliegenden Fahrbahn, zweier Unterführungen der Autobahnzubringer unter der Bahnstrasse der SBB, die Überquerung einer Erdgaspipeline, einer temporären Umleitung und Eindeckung eines offenen Kanalgerinnes, den Ein- und Rückbau von Eisenbahnhilfsbrücken, die Errichtung eines permanenten Eisenbahnbrückentragwerkes sowie überleitender Brücken aus dem untergeordneten Strassennetz. Das Referenzprojekt sei von der ARGE A9 H.\_\_\_\_\_ KB ausgeführt worden, welche zu 80 % aus der Beschwerdeführerin und zu 20 % aus der C.\_\_\_\_\_ AG bestanden habe.

### **E. 5.3.3**

Gemäss dem Referenzschreiben vom 11. Mai 2015 der IG D.\_\_\_\_\_, Projektverfasser und örtliche Bauleitung, vertreten durch die E.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: IG D.\_\_\_\_\_), umfasst das Referenzprojekt die Herstellung der Betonbauwerke sämtlicher Auf- und Abfahrten des Anschlusses im Bereich H.\_\_\_\_\_, Gemeinde I.\_\_\_\_\_.

### **E. 5.4.1**

Dem Protokoll vom 20. Juni 2017 der Sitzung der Vergabestelle vom 13. Juni 2017 kann unter "3. Eignung EK / Ausschluss" (S. 3-4) entnommen werden, dass als Referenzprojekt das Baulos 06594, VW H.\_\_\_\_\_ Kunstbauten in I.\_\_\_\_\_ angegeben worden sei. Weder die vergleichbare Komplexität noch der gleiche Fachbereich seien gegeben. Es handle sich dabei um einen Neubau von Auf- und Abfahrten eines Vollanschlusses. Es sei kein Unterhaltsplanungsabschnitt Nationalstrasse [UPLaNS] unter Verkehr erfolgt. Der Hauptgrund bestehe prioritär in der nicht vorhandenen vergleichbaren Komplexität (Neubau eines Vollanschlusses abseits NS-Verkehr anstatt Sanierung Strecke inkl. Verzweigungen und Anschlüsse unter Verkehr).

### **E. 5.4.2**

Die Evaluation vom 7. Juli 2017 (S. 3) enthält unter "Bewertung Anbieter B" folgenden Eintrag zur Erfüllung des EK 4 durch die Beschwerdeführerin: "Referenzprojekt Neubau I.\_\_\_\_\_ West Anschluss H.\_\_\_\_\_. Neubau Knoten -> nicht unter Verkehr, Komplexität hinsichtlich Bauablauf / Verkehrsphasen entspricht nicht den Anforderungen F.\_\_\_\_\_. In Bezug auf Fachbereiche fehlen Belag und Instandsetzung Kunstbauten."

### **E. 5.4.3**

In Ziff. 3.3 des Evaluationsberichts wird festgehalten, dass das Referenzprojekt ein Neubauprojekt eines einzelnen Anschlusses - kein UPLaNS unter Verkehr - sei und nicht die charakteristischen Fachbereiche (Belag/Instandsetzung Kunstbauten [KuBa]) des Submissionsgegenstandes enthalte.

### **E. 5.5**

Laut der Website "Vollanschluss I.\_\_\_\_\_ West - eine anspruchsvolle Baustelle" (unter: <https://www.a9-vs.ch/>\_\_\_\_\_, abgerufen am 21. November 2017) entsteht in I.\_\_\_\_\_ West ein Vollanschluss für die künftige Autobahn. Acht Unterführungen, sieben Brücken, vier Kreisel und zwei Umfahrungsstrassen machten den Autobahnanschluss zu einem komplexen Gesamtbauwerk.

### **E. 5.6**

Der "gleiche Fachbereich" gemäss Ausschreibung bezieht sich vorliegend prima facie auf das zu beschaffende Projekt. "Gleich" bedeutet dabei "in allen Merkmalen, in jeder Hinsicht übereinstimmend; miteinander oder mit einem Vergleichsobjekt in bestimmten Merkmalen,

in der Art, im Typ übereinstimmend; sich gleichend; vergleichbar" (vgl. DUDEN Online-Wörterbuch, abrufbar unter: <<http://www.duden.de>>, besucht am 23. November 2017). Mit Fachbereich (auch "Fachgebiet"; vgl. DUDEN Online-Wörterbuch, a.a.O.) wird prima facie das (Spezial-)Gebiet des Projekts angesprochen bzw. die Arbeiten in dem Gebiet, welche für die Umsetzung des Projekts ausgeführt werden müssen. Es kann demnach gesagt werden, dass die Arbeiten des Referenzprojekts zumindest eine bestimmte Nähe zum Fachbereich des vorliegenden Beschaffungsprojekts aufweisen müssen.

#### **E. 5.7**

Bereits aus dem in der Ausschreibung publizierten Projekttitle (vgl. Sachverhalt Bst. A.a) ist klar erkennbar, dass es sich beim Beschaffungsgegenstand um ein grosses Erneuerungsprojekt auf einer vielbefahrenen Strasse handelt. Diese Befahrung scheint die Durchführung der Arbeiten in massgeblicher Weise zu beeinflussen. Folglich kann nicht gesagt werden, dass mit "gleicher Fachbereich" allgemein der Bereich des Nationalstrassenbaus gemeint ist. Vielmehr werden darunter insbesondere Arbeiten auf befahrenen Autobahnen mit hohem Verkehrsaufkommen verstanden.

#### **E. 5.8**

Mit Ziff. 3.8 der Ausschreibung hat die Vergabestelle für die Erfüllung des EK 4 in dreifacher Hinsicht (Funktion, Komplexität und Fachbereich) ein gleiches bzw. vergleichbares Referenzprojekt zum zu beschaffenden Projekt gefordert. Davon ausgehend kann ein Anbieter wohl grundsätzlich auch darauf schliessen, dass eine ähnliche Projektbeschaffenheit erwartet wird, wenn die Vergleichbarkeit mit dem vorliegenden Projekt erreicht werden soll. Ausserdem ist aus dem Gesamtbild der Ausschreibung ersichtlich, dass die Vergabestelle das Ziel verfolgt, den Zuschlag einem qualitativ hochstehenden Angebot zu erteilen. Dies lässt sich insbesondere aus der Gewichtung des Zuschlagskriteriums Preis mit 50 % (Ziff. 2.10 der Ausschreibung) schliessen. Würde sie die Qualität der Angebote weniger hoch gewichten wollen, wäre die Gewichtung des Preises weitaus höher ausgefallen (vgl. zum Zuschlagskriterium Preis Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 854). Vor diesem Hintergrund ist auch das EK 4 auszulegen. Demzufolge werden für die Erfüllung des EK 4 hohe Anforderungen an die Vergleichbarkeit des Referenzprojekts gestellt.

#### **E. 5.9**

Die Vergabestelle versteht im vorliegenden Fall unter "gleicher Fachbereich" umfangreiche Unterhalts- bzw. Erneuerungsarbeiten auf einem bestehenden, unter Verkehr stehenden und hoch- bzw. überlasteten Nationalstrassenabschnitt (UPlaNS; Vernehmlassung, S. 5). Dass die Anforderung "gleicher Fachbereich" ein Unterhaltsprojekt eines vielbefahrenen Nationalstrassenabschnitts meint, kann prima facie mit der Komplexität der vorliegenden Beschaffung gerechtfertigt werden. Sie beinhaltet insbesondere eine 12.2 km lange Baustelle mit 33 Kunstbauten und zwölf Bauphasen. Die Vergabestelle ist als zuständiges Bundesamt für den Bau, Betrieb und Unterhalt der Nationalstrassen auch während der Dauer von Bauarbeiten auf diesen für die Sicherheit der Strassenbenützer (Art. 40a Bst. b i.V.m. Art. 42 Abs. 1 des Nationalstrassengesetzes [NSG; SR 725.11]) und für die Sicherstellung deren möglichst uneingeschränkten Verfügbarkeit (Art. 49 NSG) verantwortlich und daher als Auftraggeberin verpflichtet, nur geeignete Unternehmen auszuwählen, welche über die notwendige Erfahrung bei der Durchführung solcher Arbeiten verfügen. So ist es für die Beurteilung der Komplexität im vorliegenden Fall

zentral, dass die Arbeiten der Referenz auf einer vielbefahrenen Autobahnstammachse teils auf engstem Raum und unter erhöhten Sicherheitsanforderungen ausgeführt werden müssen. Die entsprechenden Vorbringen der Vergabestelle in ihrer Vernehmlassung (S. 7) sind nachvollziehbar. So gelten etwa erhöhte Anforderungen hinsichtlich der durchschnittlichen täglichen Verkehrsbelastung von ungefähr 160'000 Motorfahrzeugen pro Tag mit einem Spitzenwert von rund 11'000 Motorfahrzeugen pro Stunde und einem Schwerverkehrsanteil an Werktagen von ca. 5.5 % (vgl. Vergabeverfahrensdokument "4.0 Besondere Bestimmungen Bau", Ziff. 644.400), bezüglich der beengten Platzverhältnisse (vgl. Vergabeverfahrensdokument "4.0 Besondere Bestimmungen Bau", Ziff. 351.210, 371.210, 625.310 und 836.110) sowie in Bezug auf die Sicherheit (vgl. "Notfallmanagement Baustelle Realisierung Hauptarbeiten (NMB-R HA) UPLaNS Verzweigung Zürich-Ost - Effretikon" der Vergabestelle [Version 1.2 vom 23. März 2017]). Dementsprechend ist auch nachvollziehbar, dass es die Vergabestelle mit Blick auf diese erhöhten Anforderungen als wichtig erachtet, dass die angegebene Schlüsselperson bereits über einschlägige Erfahrungen mit ebensolchen Umständen verfügt (vgl. Vernehmlassung, S. 7 ff.). Dieses Vorgehen der Vergabestelle entspricht auch dem "Handbuch Beschaffungswesen Nationalstrassen" (8. Auflage, Version 8.1 vom 1. Juli 2017; Ziff. 10.1.2.4) für Projekte mit grosser Komplexität.

#### **E. 5.10**

Im Übrigen fragte die Vergabestelle die Anbieter im Dokument "5 Unternehmerangaben" (S. 8) unter Ziff. 2.4 "EK 4 - Qualifikation Schlüsselperson (Baustellenchef / Chefbauführer)" ausdrücklich, ob das Referenzobjekt auf Hochleistungsstrassen und unter Verkehr stattgefunden habe. Damit wird das Erfordernis, dass sich das Referenzprojekt auf Bauarbeiten auf einer vielbefahrenen Strasse bezieht, verdeutlicht. Die konkrete Auslegung der Vergabestelle stimmt folglich auch mit den Angaben der Ausschreibungsunterlagen überein.

#### **E. 5.11**

Zusammenfassend hat die Vergabestelle, indem sie das Kriterium "gleicher Fachbereich" so versteht, dass das Referenzprojekt namentlich auf einem vielbefahrenen Autobahnabschnitt teils auf engstem Raum und unter erhöhten Sicherheitsanforderungen ausgeführt worden sein soll, die Angaben in der Ausschreibung eindeutig nicht in unrechtmässiger Weise ausgelegt. Das Vorgehen der Vergabestelle ist angesichts der hohen Komplexität des Projekts prima facie auch mit Blick auf das Verständnis des Fachbereichs in keiner Weise zu beanstanden.

#### **E. 5.12**

Beim von der Beschwerdeführerin eingereichten Referenzprojekt handelt es sich um einen Neubau von Auf- und Abfahrten eines Vollanschlusses für eine künftige Autobahn und nicht um den Unterhalt einer vielbefahrenen Nationalstrasse. Im Referenzprojekt wurden die Leistungen weder auf der Autobahn selbst noch unter Verkehr erbracht. Das Teilstück ist vielmehr noch ausser Betrieb. Die wesentlichen Bestandteile des Beschaffungsobjekts fehlen damit im Referenzprojekt. Ferner entsprechen die im Referenzobjekt genannten Hauptleistungen den ausgeschriebenen Hauptleistungen der Strasseninstandsetzung (540'000 m<sup>2</sup> Fräsarbeiten Belag und 118'000 t Belagsersatz) bzw. der Instandsetzung der Kunstbauten (6'100 m<sup>2</sup> HDW-Abtrag und 7'500 m<sup>2</sup> Oberflächenschutz) nicht. Die wesentlichen Gewerke fehlen: ausgeschriebene Arbeiten (simap) Hauptmassen

Referenzprojekt Anschluss I. \_\_\_\_\_ West Hauptmassen Fräsarbeiten - Belagsersatz - Kabelrohre - Schüttungen / Hinterfüllung - Stabiersatz - Betonschlitzrinnen - Betonrandsteine - Fahrzeugrückhaltesystem - definitive Markierungen - provisorische Markierung - temporäre Nägel - HDW-Abtrag - Oberflächenschutz - nicht gefordert Spundwände nicht gefordert Anker nicht gefordert Unterwasserbeton ausgeschriebene Arbeiten (simap) untergeordnete Mengen Referenzprojekt Anschluss I. \_\_\_\_\_ West Hauptmassen enthalten Mikropfähle enthalten Baugrubenaushub enthalten Beton enthalten Schalung enthalten Bewehrung enthalten Abdichtung Die elementaren Leistungen Instandsetzungsarbeiten Trasse, Belag und Kunstbauten wurden beim Referenzprojekt nicht ausgeführt. Überdies gehören ein Neubau eines Vollanschlusses und ein Erneuerungsprojekt zu unterschiedlichen Fachbereichen. Das Referenzobjekt erfüllt damit die Anforderung für den Nachweis aus dem gleichen Fachbereich nicht. Entsprechend liegt auch keine vergleichbare Komplexität vor. Die im vorliegenden Fall zu erbringenden Leistungen sind unter anderem aufgrund der Länge der Baustelle von 12.2 km, der 33 Kunstbauten, der zwölf Bauphasen, des Arbeitsumfelds unter beengten Platzverhältnissen und schwieriger Logistik und der Arbeiten unter hohem Verkehr als anspruchsvoll einzustufen.

#### **E. 5.13**

Da im Beschwerdeverfahren Unangemessenheit nicht gerügt werden kann (vgl. Art. 31 BöB, E. 2.1 hiervor), greift das Bundesverwaltungsgericht nur ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (Urteil des BVGer B-855/2017 vom 16. November 2017 E. 2.3 mit Hinweis; vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 442). Dies gilt insbesondere auch in Bezug auf den Entscheid der Vergabestelle darüber, welche als Referenz erwähnten Arbeiten sie als mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar erachtet (Zwischenverfügung B-82/2017 E. 11.6.5 mit Hinweisen; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 564 ff.).

#### **E. 5.14**

Das Referenzprojekt der Beschwerdeführerin entspricht prima facie der Anforderung "gleicher Fachbereich" nicht. Demnach hat die Vergabestelle das EK 4 insofern zu Recht als nicht erfüllt erachtet.

#### **E. 5.15**

Die Frage, ob das Referenzprojekt das Kriterium "vergleichbare Komplexität" gemäss EK 4 erfüllt, braucht vorliegend nicht näher geprüft zu werden, weil das Referenzprojekt die Kriterien "gleicher Fachbereich" und "vergleichbare Komplexität" kumulativ zu erfüllen hat. Jedenfalls kann diesbezüglich gesagt werden, dass der Aspekt der vielbefahrenen Nationalstrasse im vorliegenden Projekt wie von der Vergabestelle in nachvollziehbarer Weise dargelegt, hohe Anforderungen an die Komplexität stellt (vgl. Zwischenentscheid B-6332/2016 E. 5.7.4).

#### **E. 6.1.1**

Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Beschwerde weiter vor, aufgrund der ihr eingereichten Unterlagen hätte die Vergabestelle die Eignung der Schlüsselperson ohne grossen Aufwand feststellen können bzw. müssen. Dies umso mehr, als sie die Eignung der Schlüsselperson im Rahmen einer anderen, vergleichbaren Ausschreibung ("ANU Los 4, Hauptarbeiten Trasse"), wo dasselbe Eignungskriterium geprüft und die gleichen Nachweise gefordert worden seien, bejaht gehabt hätte (S. 15).

### **E. 6.1.2**

Die Vergabestelle ist in ihrer Vernehmlassung der Ansicht, die gleiche Funktion der Schlüsselperson gemäss Ausschreibung sei nicht erfüllt (S. 10).

### **E. 6.2.1**

Das Vergabeverfahrensdokument "4.0 Besondere Bestimmungen Bau" führt unter Ziff. 990.200 aus, dass der Unternehmer einen fachkompetenten und erfahrenen Baustellenchef / Chefbauführer als Hauptverantwortlichen sowie einen gleichwertig erfahrenen Stellvertreter zu bestimmen habe.

### **E. 6.2.2**

Unter Ziff. 2.4, "EK 4 - Qualifikation Schlüsselperson (Baustellenchef / Chefbauführer)" (Dokument "5 Unternehmerangaben", S. 8), nannte die Beschwerdeführerin als Funktion des Baustellenchefs / Chefbauführers "Bereichsleiter".

### **E. 6.2.3**

Aus dem Anhang Nr. 6 "Qualifikation Schlüsselperson (Baustellenchef / Chefbauführer) zu EK 4" des Dokuments "5 Unternehmerangaben" geht hervor, dass die Schlüsselperson das Bauvorhaben "VW H. \_\_\_\_\_ Kunstbauten / CH" als Bereichsleiter betreut habe.

### **E. 6.2.4**

Im (Personal-)Referenzschreiben vom 11. Mai 2015 der IG D. \_\_\_\_\_ wurde eine andere Person als die im vorliegenden Beschaffungsprojekt bezeichnete Schlüsselperson angegeben. Diese wird nicht erwähnt.

### **E. 6.2.5**

Das undatierte Schema "ARGE A9 H. \_\_\_\_\_ KB" weist die im vorliegenden Beschaffungsprojekt angegebene Schlüsselperson als technischen Leiter des Referenzprojekts aus, dem die "Projektleitung u. BF Hilfsbrücken" unterstellt ist. Diese ist ihrerseits der im Referenzschreiben vom 11. Mai 2015 als Referenzperson angegebenen Person übergeordnet, welche als "Bauführer Spez." bezeichnet wird.

### **E. 6.3.1**

Dem Protokoll vom 20. Juni 2017 der Sitzung der Vergabestelle vom 13. Juni 2017 kann unter "3. Eignung EK / Ausschluss" (S. 3-4) entnommen werden, dass bei der Beschwerdeführerin das EK 4 "Schlüsselperson Baustellenchef / Chefbauführer" nicht erfüllt sei. Es sei ein Referenzobjekt über abgeschlossene Arbeiten in gleicher Funktion oder Stv.-Funktion gefordert. S.P., welcher als Baustellenchef eingesetzt worden sei, habe das Bauvorhaben, gemäss Lebenslauf, als Bereichsleiter betreut. Gemäss telefonisch eingeholter Auskunft der IG F. \_\_\_\_\_ bei der E. \_\_\_\_\_ AG habe S.P. die Baustelle als Leiter der Technischen Kommission betreut. Er habe das Referenzprojekt somit weder als Baustellenchef noch als Stv. Baustellenchef betreut. Zusätzlich - sekundär - habe die offerierte Schlüsselperson in Bezug auf die angegebene Referenz nicht die geforderte Funktion Baustellenchef / Chefbauführer inne. Die Abklärung von H. G. \_\_\_\_\_ vom 27. Juni 2017 mit dem zuständigen PL des Kantons Wallis habe die Aussage der E. \_\_\_\_\_ AG bestätigt. S.P. sei im Referenzprojekt Technischer Leiter und weder Baustellenchef noch Baustellenchef-Stv. gewesen.

### **E. 6.3.2**

Die Evaluation vom 7. Juli 2017 (S. 3) enthält unter "Bewertung Anbieter B" folgenden Eintrag zur Erfüllung des EK 4 durch die Beschwerdeführerin: "Schlüsselperson ([S.P.]) hat als Bereichsleiter die Baustelle als Leiter TK betreut und nicht als Baustellenchef. Vgl. Beilage Evaluationsbericht."

### **E. 6.3.3**

In Ziff. 3.3 des Evaluationsberichts wird festgehalten, dass die im Angebot vorgesehene Schlüsselperson mit dem abgegebenen Referenzprojekt nicht die geforderte Eignung - Referenz als Baustellenchef (BC) - erfülle. Er sei nachweislich im Referenzprojekt zu keiner Zeit BC oder Stv. BC vor Ort gewesen, sondern technischer Leiter.

### **E. 6.4**

Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Vergabestelle auch andere Projekte der Schlüsselperson als das bezeichnete Referenzprojekt hätte berücksichtigen müssen. Mit anderen Worten ist die Frage zu beantworten, welches Projekt für die Erfüllung des EK 4 relevant ist. Aus Ziff. 3.8 der Ausschreibung geht klar hervor, dass das angegebene Referenzprojekt der Schlüsselperson massgeblich ist. Die Vergabestelle hat in Bezug auf das Referenzprojekt nicht von mehreren Projekten gesprochen. Diese klare Vorgabe wird in der Ausschreibung nicht relativiert. Prima facie ist einzig das Referenzprojekt der Schlüsselperson zu beurteilen.

### **E. 6.5**

Es widerspricht somit prima facie nicht den Angaben gemäss Ausschreibung, dass die Vergabestelle die übrigen Projekte der Schlüsselperson bei der Evaluation des Nachweises in Bezug auf das EK 4 nicht berücksichtigt hat. Dass die Vergabestelle darauf besteht, dass das als Referenzprojekt der Schlüsselperson angegebene Projekt selbst die Nachweise für das EK 4 erfüllen muss, ist nachvollziehbar und kann nicht als qualifizierter Ermessensfehler bewertet werden. Indem die Vergabestelle das EK 4 so definiert hat, hat sie selbst erklärt, dass dieser Nachweis für sie unerlässlich ist. Diese Anforderung ist in einem derart komplexen Projekt denn auch nicht zu beanstanden. Im Übrigen wäre ein Wechsel des Referenzprojekts der Schlüsselperson auf eine allfällige Rückfrage der Vergabestelle hin rechtlich durchaus nicht unproblematisch gewesen.

### **E. 7.1**

Die Beschwerdeführerin äussert in ihrer Beschwerde, ein Ausschluss vom Verfahren sei selbst dann, wenn das von ihr unter EK 4 angegebene Referenzobjekt für ungenügend zu betrachten wäre, überspitzt formalistisch (S. 16-17). Der Ausschluss gestützt auf die von der Vergabestelle vorgebrachten Gründe sei wegen überspitztem Formalismus unzulässig (S. 18).

### **E. 7.2**

In Ziff. 3.3 des Evaluationsberichts wird ausdrücklich festgehalten, dass dem Kriterium des überspitzten Formalismus gebührend Rechnung getragen worden sei.

### **E. 7.3**

Offerten müssen nach Art. 19 Abs. 1 BöB schriftlich, vollständig und fristgerecht eingereicht werden und sind aufgrund der innert Frist eingereichten Angaben und Nachweise zu prüfen. Fehlen wesentliche Angaben oder Belege und weist der betreffende Ausschlussgrund ein gewisses Gewicht auf, muss die Vergabestelle die Offerte

ausschliessen, andernfalls würde sie gegen das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot verstossen (Zwischenentscheid des BVGer B-7479/2016 vom 8. Mai 2017 E. 8.2 mit Hinweis). Die Rechtsprechung hat stets betont, dass die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorschriften der Ausschreibung und der betreffenden Vergabeunterlagen nicht entspricht, im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter wie auch dasjenige der Transparenz problematisch ist (vgl. statt vieler Zwischenentscheid des BVGer B-6123/2011 vom 8. Dezember 2011, E. 3.1; BVGE 2007/13 E. 3.1; Entscheid der BRK vom 23. Dezember 2005, veröffentlicht in VPB 70.33, E. 2a/aa). Ein solches Angebot ist, unter Vorbehalt des Verbots des überspitzten Formalismus, grundsätzlich auszuschliessen (Zwischenentscheid B-6876/2013 E. 3.3.1; vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 457 mit Hinweisen; zum Ganzen Zwischenverfügung B-2297/2017 E. 4.2).

#### **E. 7.4.1**

Gemäss Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) liegt ein überspitzter Formalismus vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, oder wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt. Durch ein derartiges Vorgehen wird die Formstrenge zum blossen Selbstzweck, womit die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert werden kann (BGE 135 I 6 E. 2.1 und 132 I 249 E. 5). Aus dem Verbot des überspitzten Formalismus wie auch aus Art. 9 BV kann die Verpflichtung der Behörde abgeleitet werden, den Privaten in gewissen Situationen von Amtes wegen auf Verfahrensfehler hinzuweisen, die er begangen hat oder im Begriffe ist zu begehen (vgl. zum Ganzen BVGE 2007/13 E. 3.2 mit Hinweisen). Dies unter der Voraussetzung, dass der Fehler leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann (BGE 125 I 166 E. 3a mit Hinweisen, vgl. Entscheid der BRK 2005-017 vom 23. Dezember 2005, publiziert in VPB 70.33, E. 2b mit Hinweisen).

#### **E. 7.4.2**

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass drei Kategorien von Offerten, die den Anforderungen nicht entsprechen, zu unterscheiden sind: Eine erste Kategorie umfasst Angebote, welche die Vergabestelle aufgrund ihrer Mängel nicht ohne Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots in die Bewertung einbeziehen kann, also ausschliessen muss. Eine zweite Kategorie von Offerten ist dadurch gekennzeichnet, dass die Vergabestelle sie durch Rückfragen auf den verlangten Stand bringen darf, aber nicht muss. Die Vergabestelle verfügt demnach in diesem Rahmen über einen gewissen Ermessensspielraum (BVGE 2007/13 E. 6.2). Die dritte und letzte Kategorie lässt sich so umschreiben, dass die Mängel des Angebots derart geringfügig sind, dass die Vergabestelle zur Bereinigung derselben Hand bieten muss (vgl. zum Ganzen BVGE 2007/13 E. 3.3; Zwischenentscheid des BVGer B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 6.4.3 mit Hinweisen).

#### **E. 7.5**

Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Offerte, insbesondere im Dokument "5 Unternehmerangaben" (S. 8) unter Ziff. 2.4 "EK 4 - Qualifikation Schlüsselperson (Baustellenchef / Chefbauführer)", als Referenzobjekt kein dem Beschaffungsobjekt vergleichbares Objekt angegeben. Ein Hinweis auf andere Projekte der Schlüsselperson als Referenzobjekt findet sich ebenfalls nicht. Bei diesem Mangel handelt es sich um eine wesentliche Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen. Ein klares Versehen der Beschwerdeführerin ist nicht erkennbar. Ferner konnte die Beschwerdeführerin nicht

einfach darauf vertrauen, dass die früheren Projekte der Schlüsselperson der Vergabestelle bereits bekannt seien und eines davon für die Eignung genüge. Überdies hat die Vergabestelle auch bei der Zuschlagsempfängerin nicht auf früher namhaft gemachte Referenzen, sondern auf das von ihr angegebene Referenzobjekt abgestellt. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist nicht verletzt. Die Vergabestelle war demnach prima facie nicht verpflichtet, bei der Beschwerdeführerin betreffend das Referenzobjekt Rückfragen zu stellen.

## **E. 8**

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde betreffend den Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren mangels Eignung prima facie als offensichtlich unbegründet. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist abzuweisen, ohne dass eine Interessenabwägung vorzunehmen ist (vgl. E. 3.2 hiervor).

## **E. 9.1**

Die Beschwerdeführerin schreibt in ihrer Beschwerde ferner, sie habe noch nicht umfassend Einsicht in die Akten nehmen können. Ihr sei umfassend Einsicht in sämtliche Akten, die den Ausschluss ihres Angebots und das Zustandekommen des Zuschlagsentscheids dokumentierten, insbesondere die im konkreten Fall vorgenommene Prüfung und Bewertung der Eignungs- und Zuschlagskriterien, zu gewähren (S. 11).

## **E. 9.2**

In Bezug auf die Akteneinsicht ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführerin vor Ergehen des Zwischenentscheids zur aufschiebenden Wirkung teilweise Einsicht in die Vergabeakten gewährt wurde. Der Beschwerdeführerin wurden am 28. September 2017 die Vernehmlassungsbeilagen 1 bis 19, die für sie von der Vergabestelle in einem blauen Mäppchen bereitgestellt worden sind, zugestellt.

## **E. 9.3**

Die Beschwerdeführerin beantragt darüber hinaus aber die Offenlegung weiterer Akten. Die bisher gewährte Akteneinsicht entspricht der angezeigten Prozessdisziplin, wonach die Akteneinsicht mit Blick auf das für das Zwischenverfahren betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung geltende qualifizierte Beschleunigungsgebot teilweise ins Hauptverfahren verschoben werden kann (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1371). Dementsprechend bleiben instruktionsrichterliche Anordnungen zur Akteneinsicht im Hauptverfahren vorbehalten. Aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen ist die Beschwerdeführerin jedenfalls in der Lage, sich ein hinreichendes Bild zur Ausgangslage namentlich mit Blick auf die Anfechtung des vorliegenden Entscheids zu machen (vgl. die Zwischenverfügung B-2297/2017 E. 7.2 mit Hinweis).

## **E. 10**

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheids ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden. Die weiteren Instruktionen des Hauptverfahrens erfolgen mit separater Verfügung.