

BVGer B-5897/2022 vom 5. April 2023

Bundesverwaltungsgericht, 2023-04-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5897_2022

FR: TAF B-5897/2022 du 5 avril 2023

IT: TAF B-5897/2022 del 5 aprile 2023

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 55 BöB und Art. 37 VGG; Urteil des BVGer B-5124/2021 vom 7. Juli 2022 E. 2.3 «zweite Gotthardröhre»). Gemäss Art. 56 Abs. 3 BöB kann Unangemessenheit vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 2

Vorliegen eines hinreichenden Qualitätsmanagementsystems

E. 2.1

Nach seinem Art. 1 findet das BöB auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch unterstellte Auftraggeberinnen inner- und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs Anwendung. Art. 4 BöB regelt den subjektiven, die Art. 8 f. BöB den objektiven Anwendungsbereich dieses Gesetzes, während Art. 10 BöB Ausnahmen von dessen Geltungsbereich statuiert.

E. 2.1.1

Die SBB unterstehen dem BöB, da sie Eisenbahnen bereitstellen und betreiben (Art. 4 Abs. 2 Bst. f BöB). Eine relevante Befreiung von der Unterstellung besteht nicht (Art. 7 BöB i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Anhang 1 Ziff. 2 der Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen, VöB, SR 172.056.11).

E. 2.1.2

Laut Ziff. 1.8 und Ziff. 2.1 f. der Ausschreibung handelt es sich beim Beschaffungsobjekt um einen in Form von Baggerleistungen (Bagger und deren Bedienung) auszuführenden Bauauftrag. Mithin liegt ein öffentlicher Auftrag über Bauleistungen nach Art. 8 Abs. 2 Bst. a und Abs. 4 i.V.m. Anhang 1 BöB vor.

E. 2.1.3

Im Staatsvertragsbereich unterstehen dem BöB Leistungen nach Massgabe der Anhänge 1-3 zu diesem Gesetz, soweit sie die Schwellenwerte nach Anhang 4 Ziff. 1 erreichen (Art. 8 Abs. 4 BöB). Als öffentliche Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs gelten Beschaffungen, die nicht in den Listen unterstellter Leistungen nach Ziff. 1 der Anhänge 1-3 verzeichnet sind oder deren Auftragswert unterhalb der Schwellenwerte nach Anhang 4

liegt (Ziff. 1 Bst. a des Anhangs 5 zum BöB). Gemäss Art. 15 Abs. 4 BöB errechnet sich der Auftragswert bei Verträgen mit bestimmter Laufzeit anhand der kumulierten Entgelte über diese Laufzeit, einschliesslich allfälliger Verlängerungsoptionen. In ihrer Eingabe an das Bundesverwaltungsgericht vom 4. Januar 2023 hielten die SBB fest, die geschätzte Höhe des Auftragsvolumens betrage für alle ausgeschriebenen Lose gesamthaft Fr. [...] Mio. (Fr. [...] Mio. jährlich, berechnet über eine maximale Laufzeit der Rahmenverträge von fünf Jahren). Diese Summe übersteigt den für Auftraggeberinnen nach Art. 4 Abs. 2 Bst. f BöB geltenden Schwellenwert bei Bauleistungen von Fr. 8 Mio. (Ziff. 1.2 des Anhangs 4 zum BöB).

E. 2.1.4

Da auch keine Ausnahme gemäss Art. 10 BöB gegeben ist, fällt der vorliegende Auftrag in den staatsvertraglichen Anwendungsbereich des BöB.

E. 2.2

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG (Art. 31 VGG). Bei Bauleistungen ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gegen Verfügungen der Auftraggeberinnen ab dem für das offene oder das selektive Verfahren massgebenden Schwellenwert zulässig (Art. 52 Abs. 1 Bst. b BöB).

E. 2.2.1

Gemäss Art. 53 Abs. 1 BöB gelten unter anderem der Zuschlag im (Bst. e) und der Ausschluss aus dem Vergabeverfahren (Bst. h) als durch Beschwerde anfechtbare Verfügungen.

E. 2.2.2

Die Beschwerdeführerinnen fechten ihren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren sowie den Zuschlag für die Lose Giubiasco, Biasca und Erstfeld an, diesen insofern, als er nicht auch ihnen selber erteilt wurde (vgl. unten E. 2.3.3).

E. 2.2.3

Da jedenfalls die Publikation des Zuschlags, durch den die Beschwerdeführerinnen implizite aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen wurden, ein rechtsgültiges Anfechtungsobjekt bildet, kann offengelassen werden, ob auch das Schreiben der Vergabestelle an die Beschwerdeführerinnen vom 28. November 2022 als Anfechtungsobjekt zu qualifizieren ist, wenngleich in diesem Schreiben vermerkt wurde, es habe rein informellen Charakter und stelle keine Verfügung im rechtlichen Sinne dar.

E. 2.2.4

Demzufolge ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig (52 Abs. 1 Bst. b BöB; vgl. Art. 31, 32 und 33 Bst. e VGG).

E. 2.3

Mit Ausnahme von Art. 56 Abs. 4 für freihändige Verfahren enthält das BöB keine submissionsrechtliche Spezialregelung der Beschwerdelegitimation, weshalb sich diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes richtet (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 VwVG; BGE 141 II 14 E. 2.3 m.H. «Monte Ceneri»; Urteil des BVGer B-5124/2021 vom 7. Juli 2022 E. 4.1 «zweite Gotthardröhre»).

E. 2.3.1

Am Verfahren vor der Vergabestelle haben die Beschwerdeführerinnen teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG).

E. 2.3.2

Durch die angefochtenen Verfügungen sind sie besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG), wurden sie doch vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, mit der Konsequenz, dass ihnen die Chance auf einen Zuschlag verwehrt blieb.

E. 2.3.3

Ein schutzwürdiges Interesse an einer Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügungen (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG) haben die Beschwerdeführerinnen nur, wenn sie eine reelle Chance besitzen, den beantragten Zuschlag selber zu erhalten (Urteil des BVGer B-5124/2021 vom 7. Juli 2022 E. 4.2 «zweite Gotthardröhre»). Als Legitimationsvoraussetzung müssen sie dem Gericht also vorab glaubhaft machen, dass sie die Eignungskriterien erfüllen würden (BGE 141 II 14 E. 4.5 ff. m.H. und E. 5.1, «Monte Ceneri»; vgl. auch Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 1.2 «Reinigung Gotthard-Basistunnel»). Sodann müssen sie ihm glaubhaft machen, dass ihre Offerte als solche eine reelle Chance auf einen Zuschlag hätte. Die Beschwerdeführerinnen erklären, die SBB vergäben seit Jahren keine Einzelaufträge mehr, sondern sog. Rahmenverträge an alle im Gleisbau tätigen Marktakteure. Diese Verträge sähen keine bestimmte Menge vor, und die Vergabestelle übernehme keine Garantie für die im Laufe der Jahre abzurufenden Leistungen. Bei jedem Bedarf nehme die Vergabestelle eine Reservierung gegenüber einem Unternehmen, dem der Auftrag zugeschlagen worden sei, vor. Darüber hinaus schliesse sie in der Regel mit allen am Verfahren beteiligten Unternehmen mindestens einen Rahmenvertrag ab, um einen breiteren Wettbewerb zu gewährleisten und Geschäftskontakte zu allen in der Schweiz tätigen Unternehmen herzustellen. Auch vorliegend habe die Vergabestelle allen Anbietern Rahmenverträge zugeschlagen, ausser den Beschwerdeführerinnen. Wären diese nicht wegen angeblicher Nichterfüllung eines Eignungskriteriums ausgeschlossen worden, hätten sie ebenfalls einen Rahmenvertrag zur Erbringung von Baggerleistungen für die Lose Giubiasco, Biasca und Erstfeld erhalten. In der Beschwerde wurde auf glaubhafte Weise dargelegt, dass die Beschwerdeführerin 1 über die geforderte Zertifizierung verfüge, während die Beschwerdeführerin 2 ein vergleichbares Umweltmanagementsystem pflege. Sollte Letzteres zutreffen oder die Zertifizierung des federführenden Unternehmens genügen, wäre das Eignungskriterium voraussichtlich als erfüllt zu betrachten. Darüber hinaus haben die Beschwerdeführerinnen glaubhaft gemacht, dass ihr Angebot eine reelle Chance auf einen Zuschlag hätte, wenn das Bundesverwaltungsgericht ihrer Argumentation folgen würde, zumal sie der Vergabestelle schon entsprechende Leistungen erbracht haben. Demnach haben sie ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung, also daran, wieder zum Vergabeverfahren zugelassen zu werden und einen Zuschlag für diejenigen Lose, für welche sie ein Angebot einreichten, zu erhalten.

E. 2.3.4

Daher sind die Beschwerdeführerinnen zur Beschwerde legitimiert.

E. 2.4

Frist (Art. 56 Abs. 1 und 2 BÖB) und Form (Art. 56 Abs. 1 BÖB, Art. 52 Abs. 1 VwVG) der Beschwerde sind gewahrt. Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 2.5

Die Vergabestelle vertritt den Standpunkt, die Beschwerdeführerinnen hätten ihre Rüge, nur der federführende Konsortie müsse das Eignungskriterium erfüllen, mit einer Beschwerde gegen die Ausschreibung vorbringen müssen.

E. 2.5.1

Sie legt dar, wenn sämtliche Konsortien vom Eignungskriterium betroffene Leistungen erbrächten, müssten sie es auch alle erfüllen. Das Eignungskriterium «hinreichendes Umweltmanagementsystem» beziehe sich typischerweise auf den Maschinenpark, das Betriebsmaterial und den Aushub. Gemäss ihrem Angebot würden beide Beschwerdeführerinnen Baggerleistungen erbringen, weshalb sie auch beide dem Eignungskriterium genügen müssten. Angesichts der eindeutigen Rechtslage und mangels abweichender Anordnungen in der Ausschreibung sei dies klar gewesen, und die Vergabestelle habe in den Ausschreibungsunterlagen nicht speziell darauf hinweisen müssen. Die Beschwerdeführerinnen hätten das Eignungskriterium in der simap-Fragerunde auch nicht thematisiert, obwohl ihnen dies zumutbar gewesen wäre. Somit könnten sie nicht in guten Treuen argumentieren, die Ausschreibung hätte bezüglich der Eignungskriterien Anordnungen enthalten, deren volle Bedeutung und Tragweite sich erst im weiteren Verlauf des Verfahrens ergeben hätten.

E. 2.5.2

Die Beschwerdeführerinnen erklären, bislang habe die Vergabestelle die Eignungskriterien, insbesondere das streitgegenständliche, dahingehend gehandhabt, dass sie nicht von allen Mitgliedern einer Bietergemeinschaft erfüllt werden müssten. Weder in der Ausschreibung noch in den Ausschreibungsunterlagen sei ausdrücklich festgelegt gewesen, dass alle Mitglieder der Bietergemeinschaft über eine Umweltzertifizierung hätten verfügen müssen. Weil der Wortlaut der Ausschreibungsunterlagen eindeutig gewesen sei, hätten die Beschwerdeführerinnen die Frage eines möglichen Ausschlusses wegen Fehlens einer ISO14001- oder einer vergleichbaren Zertifizierung der Beschwerdeführerin 2 nicht aufgeworfen. Ausserdem stimme die von der Vergabestelle verwendete Formulierung mit derjenigen früherer Ausschreibungen überein, bei denen die Beschwerdeführerin 1 den Zuschlag erhalten habe, obwohl sie als einziges Mitglied einer Bietergemeinschaft über die Umweltzertifizierung ISO14001 verfügt habe.

E. 2.5.3

Nach Art. 53 Abs. 1 BÖB ist die Ausschreibung eines Auftrags als Verfügung anfechtbar. Art. 53 Abs. 2 BÖB bestimmt, dass Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen, deren Bedeutung erkennbar ist, zusammen mit der Ausschreibung angefochten werden müssen. Schon nach der Rechtsprechung zum bis 31. Dezember 2020 gültigen Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (aBÖB, AS 1996 508) konnten Einwände gegen die Ausschreibung in einem Beschwerdeverfahren gegen einen späteren Verfügungsgegenstand grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, soweit Bedeutung und Tragweite der fraglichen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar waren (BVGE 2014/14 E. 4.4 «Suchsystem Bund»; Urteil des BVGer B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 6.3.1 m.H. «Mediamonitoring ETH»). Auch nach neuem Recht darf eine Anbieterin mit

Beschwerde gegen den Zuschlag keine Rügen mehr vorbringen, die sie bereits mit Beschwerde gegen die Ausschreibung hätte geltend machen können. Sind Anordnungen und deren Tragweite bei pflichtgemässer Sorgfalt erkennbar, so sind entsprechende Rügen gegen den Zuschlag auch dann verwirkt, wenn die Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen und nicht in der Ausschreibung enthalten waren (Botschaft des Bundesrates vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, nachfolgend «Botschaft», BBl 2017 1081, S. 1979 f.). Auf in diesem Sinne verwirkte Rügen tritt das Bundesverwaltungsgericht nicht ein (Urteile des BVGer B-3534/2021 vom 17. Mai 2022 E. 4.2 m.H. «ALC-O Aussenstelle Emmen» und B-255/2021 vom 30. Juni 2021 E. 2.1 m.H. «Remplacement de 5 PS sur la N01»; vgl. Martin Zobl, in: Hans Rudolf Trüeb: Handkommentar zum schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, nachfolgend «Handkommentar», Art. 53 N. 7 und 21 ff.). In der Ausschreibung formulierte Anforderungen sind so auszulegen, wie sie die Offerenten in guten Treuen verstehen konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle 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»; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., 2013, N. 566 ff.). Bei technisch geprägten Begriffen ist ferner das Verständnis der Beteiligten im Rahmen des konkreten Projekts oder eine in der Fachwelt verbreitete Lesart zu berücksichtigen (BGE 141 II 14 E. 7.1 «Monte Ceneri»; Urteile des BVGer B-4467/2021 vom 15. Juni 2022 E. 3.3.4 «ETH HG Einstellgarage und Vorplatz», B-6506/2020 vom 6. April 2021 E. 3.5.2 «A1 / Weiningen» und B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3.2 «Umnutzung Bundesarchiv»).

E. 2.5.4

In Ziff. 3.5 der simap-Ausschreibung vom 1. April 2022 wurden Bietergemeinschaften zugelassen; Näheres enthielt Ziff. 3.5 nicht. Ziff. 3.7 der Ausschreibung legte folgende Eignungskriterien fest (Zitat): 1. Hinreichende Befähigung zur Auftrags Erfüllung

E. 2.5.5

Angesichts dessen lässt sich zunächst festhalten, dass weder in der Ausschreibung noch in den Ausschreibungsunterlagen ausgeführt wurde, ob nur eines der an einer Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen die Eignungskriterien, insbesondere das Kriterium «Vorliegen eines hinreichenden Umweltmanagementsystem», erfüllen muss. Unter diesen Umständen fragt sich, wie das Fehlen einer entsprechenden Anordnung zu interpretieren ist, ob also erkennbar war, wer dem betreffenden Eignungskriterium genügen müsste. Mit anderen Worten ist vorab zu eruieren, ob die Beschwerdeführerinnen wenigstens hätten erkennen können, dass die Erfüllung des besagten Eignungskriteriums durch die Beschwerdeführerin 1 allein möglicherweise nicht ausreichen würde. Diesbezüglich besteht keine übereinstimmende Interpretation seitens der Beteiligten, und ebensowenig ist ein in der Fachwelt verbreitetes Verständnis aktenkundig. Art. 31 BöB betreffend Bietergemeinschaften und Subunternehmen enthält keine einschlägige Regelung. Dass die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen Bestimmungen über Bietergemeinschaften erliess, die hier zu beurteilende Frage aber nicht regelte, kann sowohl für als auch gegen Erkennbarkeit sprechen. Eine konstante einschlägige Praxis ist jedenfalls nicht ersichtlich (vgl. auch Ramona Wyss, Handkommentar, Art. 27 N. 7, wonach sich die Frage, inwieweit die Mitglieder einer Bietergemeinschaft Eignungskriterien je einzeln

erfüllen müssen, primär anhand der Ausschreibungsunterlagen bestimmt). Einerseits lässt sich argumentieren, entsprechende Anordnungen hätten explizite getroffen werden müssen. Andererseits kann man die Auffassung vertreten, ohne spezifische Regelung müsse jedes einzelne Unternehmen das Eignungskriterium «Vorliegen eines hinreichenden Umweltmanagementsystems» erfüllen. Letztere Betrachtungsweise erscheint gerade mit Blick auf die offerierten Baggerleistungen, welche beide Beschwerdeführerinnen verrichten würden, naheliegender (vgl. dazu im Detail unten E. 9.3 f.). Die Vergabestelle ist sodann nicht gehalten, bei jedem Eignungskriterium anzufügen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen es nur von einzelnen Mitgliedern einer Bietergemeinschaft erfüllt werden muss, wenngleich derartige Hinweise unter dem Gesichtspunkt der Transparenz (Art. 2 Bst. b und Art. 11 Bst. a BöB) wünschenswert sein mögen (vgl. Urteile des BGer 2D_48/2012 vom 22. Februar 2013 E. 4.4 und 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.4 «Leitsystem A9»). Was schliesslich die Berufung der Beschwerdeführerinnen auf frühere Ausschreibungen betrifft, so lässt sich daraus mit Blick auf das hier relevante Eignungskriterium insbesondere wegen unterschiedlicher Beschaffungsgegenstände oder abweichender Beteiligungsverhältnisse nichts anderes folgern (dazu im Einzelnen unten E. 9). Im Übrigen stand ihnen auch die Möglichkeit offen, eventuelle Unklarheiten in die Fragerunde zu tragen.

E. 2.5.6

Ob die Beschwerdeführerinnen ihre Rüge, nur der federführende Konsortie müsse das Eignungskriterium erfüllen, mit einer Beschwerde gegen die Ausschreibung hätten vorbringen müssen, kann hier freilich offengelassen werden, zumal die materielle Beurteilung (unten E. 9) offenbart, dass ohnehin beide ein entsprechendes Umweltmanagementsystem nachzuweisen haben.

E. 2.6

Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten. 3. Die Beschwerdeführerinnen rügen eine Verletzung ihres Rechts auf Entscheideröffnung.

E. 3

Vorliegen eines hinreichenden Umweltmanagementsystems

E. 3.1

Sie bringen vor, die Vergabestelle habe ihnen den Zuschlagsentscheid mit einer möglichen Rangliste der Anbieter nie weitergeleitet. Den Ausschlussentscheid hätten sie am 29. November 2022 per A-Post erhalten. Gleichentags hätten sie Kenntnis von dem auf www.simap.ch veröffentlichten Zuschlag erlangt.

E. 3.2

Nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 BöB eröffnet die Auftraggeberin Verfügungen durch Publikation oder individuelle Zustellung an die Anbieterinnen. Gemäss Art. 53 Abs. 1 BöB bilden unter anderem der Zuschlag (Bst. e) und der Ausschluss aus dem Vergabeverfahren (Bst. h) anfechtbare Verfügungen.

E. 3.3

Während die Beschwerdeführerinnen ein Schreiben der Vergabestelle über ihren Ausschluss aus dem Verfahren erhielten, erfuhren sie via Publikation gleichzeitig vom Zuschlag. Daher lässt sich keine Verletzung ihres Anspruchs auf Eröffnung der besagten

Verfügungen feststellen. Die Beschwerdeführerinnen legen denn auch nicht dar, inwiefern sie durch eine angeblich mangelhafte Eröffnung beschwert sein sollten. Ein entsprechender Nachteil ist jedenfalls nicht ersichtlich.

E. 3.4

Dementsprechend erweist sich ihre Rüge als unbegründet. 4. Weiter rügen die Beschwerdeführerinnen, der Ausschlussentscheid vom 28. November 2022 verletze ihren Anspruch auf rechtliches Gehör und insbesondere ihr Recht auf Begründung des Entscheides. Die Vergabestelle habe in keiner Weise erklärt, warum die von der Beschwerdeführerin 2 vorgelegten Unterlagen die Anforderungen der ISO14001-Zertifizierung nicht erfüllten.

E. 4

Die Anbieterin verfügt über ein Sicherheitsmanagementsystem (SMS) mit folgenden Elementen (vgl. SUVA Broschüre 66101)

E. 4.1

Gemäss Art. 51 Abs. 1 Satz 2 BöB haben Anbieterinnen vor Eröffnung der Verfügung keinen Anspruch auf rechtliches Gehör. Art. 51 Abs. 2 BöB bestimmt, dass beschwerdefähige Verfügungen summarisch zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen sind. Insofern bildet diese Vorschrift eine *lex specialis* zu Art. 35 Abs. 1 und 3 VwVG. Nach der Praxis sind die Anforderungen an summarische Begründungen nicht sehr hoch (vgl. Galli/Moser/lang/Steiner, N. 1243).

E. 4.2

Wegen der Eigenheiten des Vergabeverfahrens und namentlich zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen der Offerenten besteht im Vorfeld der Verfügung kein Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser und das Akteneinsichtsrecht werden - abgesehen von der Begründungspflicht für Verfügungen - auf ein allfälliges Debriefing oder ein Beschwerdeverfahren verschoben. Zudem wird der Gehörsanspruch durch Interaktionen mit den Anbieterinnen im Vergabeverfahren, wie Fragerunden während der Offerteingabefrist und Bereinigungsrunden während der Evaluation der Angebote, geschützt (vgl. Botschaft, S. 1975 und Pascal Bieri, Handkommentar, Art. 51 N. 17 f.).

E. 4.3

Im Ausschlusschreiben vom 28. November 2022 legte die Vergabestelle dar, ihre Beurteilung habe ergeben, dass der Inhalt der am 3. August 2022 nachgereichten Dokumente nicht genügend Hinweise auf ein Umweltmanagementsystem der Beschwerdeführerin 2, welches mit ISO14001 gleichwertig sei, erbringe. Unter anderem fehlten klar formulierte Umweltziele und Nachweise zur Wirksamkeit des Umweltmanagementsystems. Das Eignungskriterium «Vorliegen eines hinreichenden Umweltmanagementsystems» sei damit nicht erfüllt, und das Angebot der Beschwerdeführerinnen habe aufgrund von Art. 44 Abs. 1 Bst. b [BöB] nicht weiter berücksichtigt werden können. Die Beschwerdeführerinnen ergänzen, nach dieser Entscheid hätten sie um ein Treffen mit der Vergabestelle in Bern ersucht. Dort habe diese erklärt, für Projekte, bei denen Maschinen im Spiel seien, sei mit dem Ziel, klimaneutral zu werden, beschlossen worden, dass die ISO14001-Zertifizierung oder eine gleichwertige Norm für alle Unternehmen und alle Mitglieder der verschiedenen Bietergemeinschaften obligatorisch sei.

E. 4.4

Das Schreiben der Vergabestelle vom 28. November 2022 enthält eine kurze Begründung für den Ausschluss der Beschwerdeführerinnen. Darüber hinaus erhielten diese an einem Treffen anfangs Dezember 2022 sowie anlässlich einer Telefonkonferenz vom 13. Dezember 2022 mündliche Erläuterungen seitens der SBB. Dementsprechend lässt sich unter Berücksichtigung der oben wiedergegebenen Rechtslage sowie der einschlägigen Praxis keine Verletzung des rechtlichen Gehörs, insbesondere der Begründungspflicht, gegenüber den Beschwerdeführerinnen feststellen.

E. 5

Gestützt auf Art. 44 Abs. 1 Bst. b BÖB kann die Vergabestelle eine Anbieterin vom Verfahren ausschliessen, wenn deren Offerte von verbindlichen Anforderungen der Ausschreibung wesentlich abweicht. Grundsätzlich zum Ausschluss führt unter anderem die Nichterfüllung von Eignungskriterien (BGE 139 II 489 E. 2.2.4 «Erneuerung Prozessteuerungen und Leitsystem»; Urteile des BVGer B-5124/2021 vom 7. Juli 2022 E. 5.6 m.H. «zweite Gotthardröhre», B-3709/2021 vom 2. Juni 2022 E. 4 «Übersetzungsdienstleistungen» und B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3.1 «Archivumnutzung»; Laura Locher, Handkommentar, Art. 44 N. 12; Galli/Moser/Lang/Steiner, N. 580). Auf einen Ausschluss kann jedoch verzichtet werden, wenn er sich als unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch erweisen würde (vgl. BGE 145 II 249 E. 3.3 und 143 I 177 E. 2.3.1 «Sammlung und Transport von Siedlungsabfall»; Urteile des BGer 2C_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 3.3 «CT-Ersatz Radiologie» und 2C_665/2015 vom 26. Januar 2016 E. 1.3.3 «Engineered Materials Arresting System Piste 28»; Zwischenentscheid des BVGer B-1256/2022 vom 26. Oktober 2022 E. 6.2.4 «Portfoliomanagement»; Urteil des BVGer B-3709/2021 vom 2. Juni 2022 E. 11.2 f. «Übersetzungsdienstleistungen»).

E. 6

Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, die Vergabestelle verwechsle Eignungskriterien mit technischen Spezifikationen.

E. 6.1

Dabei verweisen sie auf den Standpunkt der SBB, im Kontext der Ausschreibung von Baggerleistungen, d.h. der Überlassung von Maschinen mit Bedienpersonal, beziehe sich das Eignungskriterium «hinreichendes Umweltmanagementsystem» typischerweise auf den Maschinenpark, die Auswahl und Verwendung von Betriebsmaterial sowie den Umgang mit dem Aushub. Die Beschwerdeführerinnen argumentieren, die technischen Spezifikationen seien Teil der Leistungsbeschreibung und detaillierten, welche Anforderungen der Beschaffungsgegenstand erfüllen müsse, während sich die Eignungskriterien stets auf die Anbieterin bezögen. Vorliegend habe die Ausschreibung keine umwelttechnischen Spezifikationen für das Produkt, insbesondere für den Maschinenpark, enthalten; die Zertifizierung ISO14001 bescheinige eine umweltfreundliche interne Organisation, z.B. bei der Abfallentsorgung oder der Messung der CO₂-Emissionen während der Produktionsprozesse. Die von der Vergabestelle angewandte Bewertungsmethode führe zu einer völligen Entkopplung zwischen dem Eignungskriterium «Umweltzertifizierung ISO14001» und dem Auftragsgegenstand.

E. 6.2

Die Vergabestelle erwidert, sie verwechsle Eignungskriterien nicht mit technischen Spezifikationen. Sie habe von den Anbieterinnen ein hinreichendes Umweltmanagementsystem (zertifiziert nach ISO14001 oder gleichwertig) verlangt. Baggerleistungen (insbesondere Betrieb, Logistik und Wartung der Maschinen, der Umgang mit Betriebsmaterialien, Transport und Entsorgung von Aushub) hätten Umweltimplikationen, weshalb das streitgegenständliche Eignungskriterium einen klaren Leistungsbezug aufweise. Hingegen habe sie die Erfüllung des Eignungskriteriums gerade nicht von der Erfüllung bestimmter technischer Vorgaben betreffend Funktion, Leistung, Qualität, Sicherheit oder Verfahren abhängig gemacht (z.B. Emissionsgrenzwerte der Maschinen). Somit könne von einer Anwendung des Eignungskriteriums entsprechend einer technischen Spezifikation nicht die Rede sein. Das Kriterium eines Umweltmanagementsystems sei mittlerweile in vielen Ausschreibungen von Bund und Kantonen Marktstandard, klar anbieterbezogen und von der Vergabestelle auch entsprechend gehandhabt worden.

E. 6.3

Eignungskriterien können insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit sowie die Erfahrung der Anbieterin betreffen (Art. 27 Abs. 2 BöB). Technische Spezifikationen legen Merkmale des Beschaffungsgegenstandes wie Funktion, Leistung, Qualität, Sicherheit und Abmessungen oder Produktionsverfahren fest und regeln die Anforderungen an Kennzeichnung und Verpackung (Art. 30 Abs. 1 Satz 2 BöB).

E. 6.4

Bei der ISO-Norm 14001 handelt es sich um die Festlegung weltweit anerkannter Anforderungen an ein Umweltmanagementsystem und folglich um ein Umweltschutzkriterium. Das Berücksichtigen von Umweltschutzaspekten, welche sich unmittelbar auf die nachgefragte Leistung auswirken oder diese betreffen, ist zulässig (Zwischenentscheid des BVGer B-7252/2007 vom 6. Februar 2008 E. 8.1 «Entwicklung, Lieferung und Installation eines Simulators»; vgl. Marc Steiner, nachhaltige öffentliche Beschaffung, in: Jean-Baptiste Zufferey / Hubert Stöckli: Aktuelles Vergaberecht 2014, S. 149 ff., S. 157 ff. und Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2007, N. 598).

E. 6.5

Die vorliegende Beschaffung umfasst nicht allein das Bereitstellen von Baggern und weiteren Maschinen, sondern auch deren Einsatz mit den daraus resultierenden Folgen für die Umgebung. Umweltrelevante technische Spezifikationen der einzusetzenden Maschinen, etwa hinsichtlich Emissionen, haben dabei zwar durchaus ihre Bedeutung. Weil aber insbesondere auch der Umgang mit Aushubmaterial, also die Konsequenz des Einsatzes der Maschinen, zum Beschaffungsgegenstand gehört, ist das fragliche Eignungskriterium durchaus zulässig; es ist auftragsbezogen und lässt sich nicht einfach als verdeckte technische Spezifikation der betreffenden Maschinen interpretieren. Somit verletzt das Vorgehen der Vergabestelle kein Bundesrecht.

E. 7.1

Gemäss Art. 27 Abs. 1 BöB legt die Auftraggeberin die Eignungskriterien in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen abschliessend fest; die Kriterien müssen im Hinblick auf das Beschaffungsvorhaben objektiv erforderlich und überprüfbar sein. Sie

dienen dazu, den Kreis der Anbieter auf diejenigen Unternehmen einzugrenzen, welche imstande sind, den Auftrag in der gewünschten Qualität zu erfüllen (BVGE 2019 IV/1 E. 3.3 und 2010/58 E. 6.1 «Privatisierung Alcosuisse I»).

E. 7.2

Fest steht, dass die Beschwerdeführerin 1 das verfahrensgegenständliche Eignungskriterium «Vorliegen eines hinreichenden Umweltmanagementsystems» erfüllt, verfügt sie doch über die verlangte Zertifizierung ISO14001. Fraglich ist aber, ob dies genügt oder ob die Beschwerdeführerin 2 das Eignungskriterium ebenfalls erfüllen muss. Sollte Letzteres bejaht werden, wäre zu eruieren, ob die von ihr nachgereichten Dokumente ein mit ISO14001 vergleichbares Umweltmanagementsystem belegen.

E. 8

Die Eignungskriterien der Ausschreibung sind so zu auszulegen, wie sie die Anbieter in guten Treuen verstehen durften und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle kommt es nicht an (vgl. 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"; Galli/Moser/Lang/Steiner, N. 566 f.). Bei der Formulierung und der Anwendung der Eignungskriterien verfügt diese freilich über einen grossen Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 56 Abs. 3 BöB nicht eingreifen darf (vgl. Urteil des BGer 2D_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2 «Ingenieurleistungen», m.H.; BVGE 2019 IV/1 E. 3.3; Zwischenentscheid des BVGer B-5500/2021 vom 29. Juli 2022 E. 7.7.1 «Mobilfunk in Bahntunneln»; Urteile des BVGer B-5124/2021 vom 7. Juli 2022 E. 5.5 «zweite Gotthardröhre», B-5266/2020 vom 25. August 2021 E. 5.3.1 «2TG Bauabwasserbehandlungsanlage Nord» und B-1470/2010 vom 29. September 2010, auszugsweise publiziert als BVGE 2010/58 «Privatisierung Alcosuisse I», E. 2.2 m.H.; Galli/Moser/Lang/Steiner, N. 557, 564 f.). Die gerichtliche Beschwerdeinstanz hat die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken, nicht aber aus mehreren möglichen Auslegungen die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1 «Monte Ceneri»; Urteil des BGer 2C_1101/2012 E. 2.4.1 «Leitsystem A9»; Zwischenentscheid des BVGer B-1256/2022 vom 26. Oktober 2022 E. 6.2.2 f. «Portfoliomanagement»; Urteil des BVGer B-3709/2021 vom 2. Juni 2022 E. 7.2.2 «Übersetzungsdienstleistungen»).

E. 9

Vorab muss entschieden werden, ob es genügt, wenn nur die Beschwerdeführerin 1 das Eignungskriterium eines hinreichenden Umweltmanagementsystems erfüllt.

E. 9.1

Laut Beschwerdeschrift hätte die Beschwerdeführerin 2 nur einen kleinen Teil des Auftrags erledigt, während die Beschwerdeführerin 1 die Federführung übernommen hätte. Wenn die Beschwerdeführerin 1 bei früheren Vergaben als einziges Mitglied einer Bietergemeinschaft die ISO-Zertifizierung 14001 habe vorweisen können, hätten die SBB das betreffende Eignungskriterium jeweils als erfüllt betrachtet. Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der strittigen Ausschreibung habe die Vergabestelle keine Absicht kundgetan, ihre bisherige Praxis zu ändern. So habe beispielsweise die Ausschreibung [...] aus dem Jahr [...], die sich ebenfalls auf Baggerleistungen bezogen habe, identische Informationen zum Eignungskriterium «Umweltmanagementsystem ISO14001 oder vergleichbar» enthalten. Die Beschwerdeführerin 1 habe damals in einer

Bietergemeinschaft mit anderen Unternehmen den Rahmenvertrag erhalten, obwohl sie als Einzige über die erforderliche Zertifizierung verfügt habe. Auch in der Vergabe [...] sei der Rahmenvertrag der ARGE [...] mit der Beschwerdeführerin 1 zugeschlagen worden, wengleich diese als einziges ARGE-Mitglied über die ISO-Zertifizierung 14001 verfügt habe. Bei der Vergabe [...], an der beide Beschwerdeführerinnen als Consorzio Z._____ teilgenommen hätten, sei der Rahmenvertrag der Bietergemeinschaft zugeschlagen worden, obwohl die Beschwerdeführerin 1 als einziges Mitglied dieser Gemeinschaft über eine Zertifizierung ISO9001:2008 verfügt habe. In den Ausschreibungsunterlagen [...] für die Bauarbeiten zum Projekt [...], die am [...] veröffentlicht worden seien, hätten die SBB explizit angegeben, wie dieses Eignungskriterium normalerweise bewertet werde: Nur die Firma, welche die Federführung habe, müsse die Eignungskriterien erfüllen und deshalb über die erforderlichen Zertifizierungen verfügen.

E. 9.2

Darauf erwidert die Vergabestelle, bei der Ausschreibung [...] handle es sich um eine Beschaffung der Division Infrastruktur der SBB aus dem Jahr [...], in der die bis zum [...] laufenden Rahmenverträge über Baggerleistungen vergeben worden seien. Die streitgegenständliche Ausschreibung sei die Nachfolgebeschaffung dieser Vergabe, bei der unter anderem die Beschwerdeführerin 1 den Zuschlag erhalten habe, entgegen der Behauptung in der Beschwerde jedoch als eigenständige Anbieterin, nicht als Teil einer Arbeitsgemeinschaft. Solche seien damals im Unterschied zur vorliegenden Vergabe ausdrücklich ausgeschlossen gewesen. Folglich könnten die Beschwerdeführerinnen aus dem Zuschlag im Verfahren [...] nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Ausschreibung [...] unterscheide sich grundlegend von der vorliegenden Vergabe, sowohl nach dem Beschaffungsgegenstand als auch nach dem Eignungskriterium: Erstens handle es sich um eine Beschaffung der Division Infrastruktur der SBB aus dem Jahr [...], ausschliesslich betreffend den Personalverleih in verschiedenen Segmenten (Fahrbahn, Fahrleitung, Kabel, Schienen- und Erdrückleitungen, Sicherungsanlagen aussen, Sicherungsanlagen innen, Telecom, GBT/CBT). Zweck dieser Vergabe sei die Verstärkung des SBB-eigenen Personals mit externen Ressourcen gewesen. In den betroffenen Einsatzbereichen schwanke der Personalbedarf saisonal besonders stark. Um ihn auch bei Spitzen jederzeit decken zu können, sei die Vergabestelle an einer möglichst grossen Zahl von Zuschlagsempfängern interessiert. Zweitens habe die Vergabestelle hier nur das «Vorliegen eines Umweltkonzepts» bzw. einen Nachweis, dass «Umweltaspekte in der Firma berücksichtigt werden», verlangt. Nicht verlangt worden sei hingegen der Nachweis eines mit ISO14001 vergleichbaren Umweltmanagementsystems. Bei einem Personalverleih lägen die gesamte Verantwortung und die Aufsicht über das Personal beim Einsatzbetrieb, also der Vergabestelle. Die fachliche Führung bzw. der Einsatz des Personals und damit die Umsetzung der Umwelanforderungen hätten damit den SBB obliegen. Insofern hätten sich eine Abschwächung des Eignungskriteriums betreffend Nachhaltigkeit hin zu einem blossen Umweltkonzept und eine Beschränkung auf die federführende Anbieterin gerechtfertigt. Die Ausschreibung [...] unterscheide sich damit grundlegend von der streitgegenständlichen Vergabe. Bei [...] «miete» die Vergabestelle zur Verstärkung eigener Teams externes Personal (ohne Maschinen), welches mit Maschinen der Vergabestelle und unter Verantwortung der jeweiligen SBB-Baustellenleitung arbeite. Bei Baggerleistungen würden dagegen Maschinen mit Personal nachgefragt, wobei die Anbieterinnen für die Organisation dieser Leistungen verantwortlich seien. Die beiden Leistungsarten würden entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen auch nicht prinzipiell auf derselben

SBB-Baustelle ausgeführt. Auch die Vergabe [...] sei weder aufgrund der Natur des Beschaffungsgegenstands noch in Bezug auf die von der Vergabestelle aufgestellten Anforderungen mit der streitgegenständlichen Beschaffung vergleichbar. Beim Projekt [...] handle es sich um eine Beschaffung der Vergabestelle aus dem Jahr [...] betreffend Bauleistungen. Dabei gehe es nicht um den Einsatz von Maschinen mit Bedienung, sondern um eine typische Werkleistung, also nicht um Dienstleistungen. Die Ausschreibungsbedingungen sähen daher ausdrücklich vor, dass der Nachweis eines Qualitäts- bzw. Umweltmanagementsystems nur vom federführenden Konsorten erbracht werden müsse. Aus dem ausdrücklichen Hinweis der Vergabestelle lasse sich jedoch entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerinnen keine Praxis ableiten, wonach das Eignungskriterium auch bei Fehlen eines Hinweises in den Ausschreibungsunterlagen nur vom federführenden Konsorten erfüllt werden müsste. Im Gegenteil werde der Hinweis angebracht, weil die Anbieter mangels eines solchen gemäss den gesetzlichen Grundsätzen davon ausgehen müssten, dass sämtliche Konsorten das Eignungskriterium zu erfüllen hätten. Bei Werkleistungen im Baubereich (vertikale Verhältnisse im Gegensatz zur horizontalen Aufteilung eines oder mehrerer Lose in der streitgegenständlichen Ausschreibung) seien die Anbieterverhältnisse oft relativ komplex, d.h. es erbrächten jeweils spezialisierte Unternehmen nur eine bestimmte Teilleistung, sodass eine Erfüllung des Eignungskriteriums durch sämtliche Anbieter häufig eine kaum praktikable oder gemäss den gesetzlichen Grundsätzen nicht gerechtfertigte Anforderung darstellen würde. Das Vergabeverfahren [...] habe gemäss Beschwerdebeilage vor über zehn Jahren stattgefunden. Inwiefern sich aus dieser lang zurückliegenden Ausschreibung eine Praxis der Vergabestelle zur streitgegenständlichen Frage ableiten lassen solle, legten die Beschwerdeführerinnen nicht dar. Im Übrigen gehe aus der Beschwerdebeilage nicht hervor, dass die Beschwerdeführerin 1 in der damaligen Ausschreibung als Mitglied eines Konsortiums angeboten hätte.

E. 9.3

Die Vergabestelle darf von jenen Konsorten einer Bietergemeinschaft, die bestimmte - namentlich die vertragstypischen - Leistungen erbringen, die Erfüllung darauf bezogener Eignungskriterien verlangen (vgl. Art. 31 und 56 Abs. 3 BöB; vgl. Urteil des BVGer B-3803/2010 vom 2. Februar 2011 E. 3.3 «Privatisierung Alcosuisse II»; vgl., je m.H., Wyss, Handkommentar, Art. 27 N. 7; Daniela Lutz, Bietergemeinschaften und Subunternehmer, in: Aktuelles Vergaberecht 2018, N. 52; Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, N. 1485). Andernfalls könnte die Qualitätsgewähr umgangen werden, was den Zielen des Vergaberechts zuwiderliefe (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, N. 562, 645). In dem von den Beschwerdeführerinnen angesprochenen Merkblatt «Bietergemeinschaften: Zulassung und Beschränkung» der Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB) und der Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB) aus dem Jahr 2021 (abrufbar auf www.kbob.admin.ch) wird unter der Überschrift «Eignung» zwar bemerkt, eine Bietergemeinschaft müsse als Gesamtheit sämtliche Eignungskriterien erfüllen. Gleich anschliessend wird aber präzisiert, jedes Mitglied müsse dabei die in seinem Bereich der Leistungserbringung verlangten Eignungskriterien erfüllen. Da gemäss ihrer Offerte beide Beschwerdeführerinnen Baggerleistungen verrichten würden, untermauert das Merkblatt in Wirklichkeit die Feststellung, dass sie auch beide das streitgegenständliche Eignungskriterium erfüllen müssen.

E. 9.4

Transport und Einsatz schweren Geräts bedingen insbesondere erheblichen Treibstoffverbrauch, verbunden mit entsprechenden Emissionen, sowie Eingriffe ins Gelände und den daraus resultierenden Umgang mit Aushubmaterial. Solche Aktivitäten, die beide Beschwerdeführerinnen im Rahmen des Auftrags ausüben würden, weisen eine signifikante Umweltrelevanz auf. Deshalb lässt sich die Position der Vergabestelle, wonach sämtliche Unternehmen, die vertragstypische Leistungen erbringen, das dahingehende Eignungskriterium erfüllen müssen, nicht beanstanden. Weil beide Beschwerdeführerinnen als Mitglieder der Bietergemeinschaft die vertragstypischen, umweltrelevanten Baggerleistungen erbringen würden, hätten sie das Eignungskriterium «Vorliegen eines hinreichenden Umweltmanagementsystems» so verstehen können und müssen, dass sie dieses Kriterium auch beide zu erfüllen haben. Die Beschwerdeführerinnen gehen davon aus, dass die Beschwerdeführerin 2 nur einen kleinen Teil des Auftrags leisten würde. Bei Baggerverträgen würden nämlich Maschinen und Aggregate verlangt (z.B. Schotterabzug, Stopfmaschine, verschiedene Greifer usw.). Die Beschwerdeführerin 2 verfüge nicht über alle diese Aggregate. Daher sei ihr Einsatz im Rahmen des abzuschliessenden Vertrags auf reine Maschinenaushubarbeiten mit Fahrern (Bagger ohne Aggregate), auf Sondereinsätze bei dringenden Aufgaben der Vergabestelle oder als Backup bei Pannen bei der Beschwerdeführerin 1 beschränkt; diese habe [...] Bagger mit Aggregaten, die Beschwerdeführerin 2 etwa [...] für den Aushub. Dem Inventar, das der Offerte der Beschwerdeführerinnen beigelegt sei, lasse sich entnehmen, dass alle Maschinen, die bei der Ausführung des Auftrags verwendet würden, Eigentum der Beschwerdeführerin 1 seien. Laut dem «Management Summary» zu ihrer Offerte vom 1. Juni 2022 hielten die Beschwerdeführerinnen freilich fest, ihre Arbeitsgemeinschaft verfüge bereits über eine Organisation für Baggerleistungen in der Region Süd. Alle Partner dieser Arbeitsgemeinschaft hätten dort in den vorangegangenen Jahren gemeinsam oder in eigener Regie Zweiwegemaschinen an die SBB verliehen. Dies und die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin 2 beim vorliegenden Auftrag als Backup für die Beschwerdeführerin 1 fungieren würde, deutet darauf hin, dass sie selber über entsprechende, mindestens in dringlichen Fällen einzusetzende Maschinen verfügt. Selbst wenn die Beschwerdeführerin 1 aber Eigentümerin sämtlicher einzusetzender Bagger wäre, würde dies nichts daran ändern, dass die Vergabestelle die Einhaltung der geforderten Umweltaspekte auch von der Beschwerdeführerin 2 verlangen durfte, handelt es sich doch stets um die Erbringung von Baggerleistungen. Wie die Beschwerdeführerinnen allerdings zu verstehen geben, verfügt die Beschwerdeführerin 2 selber auch über Maschinen, welche für die offerierten Arbeiten eingesetzt würden oder mindestens eingesetzt werden könnten. Ohnehin geht es aber darum, während der Ausführung der vertragstypischen Leistungen bestimmte Umweltaspekte zu berücksichtigen. Angesichts dessen ist es jedenfalls vertretbar, den entsprechenden Nachweis auch von der Beschwerdeführerin 2 zu verlangen. Dabei spielt es keine Rolle, ob ein Mitglied der Bietergemeinschaft einen geringeren Teil der nachgefragten Baggerleistungen ausführen würde, handelt es sich doch letztlich um dieselben vertragstypischen Arbeiten.

E. 9.5

Was die Berufung der Beschwerdeführerinnen auf frühere Ausschreibungen betrifft, so lässt sich daraus mit Blick auf das hier relevante Eignungskriterium insbesondere wegen unterschiedlicher Beschaffungsgegenstände oder abweichender Beteiligungsverhältnisse

nichts anderes folgern. Diesbezüglich kann auf die vorstehend wiedergegebenen, stichhaltigen Erörterungen der Vergabestelle verwiesen werden. Eine Praxis der Vergabestelle, wonach grundsätzlich nur der federführende Konsortie das fragliche Eignungskriterium erfüllen müsste, ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen nicht erkennbar. Vielmehr muss diese Frage betreffend die vorliegende Ausschreibung insbesondere aufgrund der nachgefragten Leistung beurteilt werden (vgl. Urteil des BGer 2C_355/2021 vom 19. Oktober 2021 E. 1.2.3 f. «zweite Gotthardröhre, Bauherrenvermesser»; Urteil des BVGer B-3803/2010 vom 2. Februar 2011 E. 3.3 «Privatisierung Alcosuisse II»).

E. 9.6

Als Zwischenfazit lässt sich festhalten, dass beide Beschwerdeführerinnen das Eignungskriterium «Vorliegen eines hinreichenden Umweltmanagementsystems» erfüllen müssen.

E. 10

Da beide Beschwerdeführerinnen besagtes Eignungskriterium einhalten müssen (vgl. soeben E. 9) und die Beschwerdeführerin 1 eine ISO14001-Zertifizierung vorlegte, bleibt unter Berücksichtigung der vorstehend (E. 8) dargestellten Praxis zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin 2 ein vergleichbares Umweltmanagementsystem nachgewiesen hat.

E. 10.1

Zum Eignungskriterium «Vorliegen eines hinreichenden Umweltmanagementsystems» (Ziff. 3.7.3 der Ausschreibung) wurden gemäss Ziff. 3.8.3 der Ausschreibung folgende Nachweise verlangt (Zitat): Umweltmanagementsystem ISO14001 oder vergleichbar (z.B. Unternehmenspolitik oder Umweltpolitik; Beweise, wie Umweltaspekte in der Produktentwicklung berücksichtigt werden; Bericht eines internen Umweltaudits; oder Check/Überprüfungen usw.)

E. 10.2

Die Umweltmanagementnorm ISO14001 legt weltweit anerkannte Anforderungen an ein Umweltmanagementsystem fest. Sie lässt sich auf Produktions- wie auf Dienstleistungsunternehmen anwenden. In Logik und Aufbau knüpft sie in vielen Bereichen (Dokumentation, kontinuierliche Verbesserung, Schulung, interne Audits, Managementbewertung) an die vorbestehende ISO-Norm 9001 an. ISO14001 bildet Teil einer Normenfamilie, die ihrerseits zahlreiche weitere Normen zu verschiedenen Bereichen des Umweltmanagements festlegt; darunter fallen etwa Ökobilanzen, Umweltkennzahlen und Umweltleistungsbewertungen. Bei der Einführung eines Umweltmanagementsystems sind insbesondere eine betriebliche Umweltpolitik, Umweltschutzziele und ein Umweltprogramm der Unternehmung zu formulieren. Regelmässige Überprüfungen sollen das Umweltmanagementsystem stetig verbessern. ISO14001 legt den Fokus auf diesen kontinuierlichen Verbesserungsprozess (KVP), welcher folgende Aspekte beinhaltet: Planung (Festlegung der Ziele und Prozesse zur Implementierung der Umweltpolitik des Unternehmens), Ausführung (Umsetzung der Prozesse), Überprüfung (Überwachung der Prozesse hinsichtlich rechtlicher und anderer Anforderungen sowie der Ziele der Umweltpolitik des Unternehmens), Optimierung sowie, fakultativ, Veröffentlichung der Umweltleistung (Umweltschutzmassnahmen) in Form eines Berichts. Die ISO-Norm 14001 legt keine absoluten Anforderungen an die Umweltleistung fest. Sie fordert aber die Einhaltung der Verpflichtungen, die sich das Unternehmen durch seine Umweltpolitik

selber auferlegt hat. Mit der Einführung der ISO-Norm 14005 im Jahr 2010 wurden Hürden namentlich für KMU beseitigt; die Norm bietet einen Rahmen und Tipps für Unternehmen, um schrittweise ein Umweltmanagementsystem zu entwickeln, einzuführen und zu pflegen, welches am Ende die Anforderungen von ISO14001 erfüllt (zum Ganzen: www.kmu.admin.ch und www.sqs.ch; vgl. auch Urteil des BVGer B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 5.3.4 «mobiles Kontrollsystem LSVA»). Eine Zertifizierung von Umweltmanagementsystemen nach ISO 14001:2015 gilt für drei Jahre; jährlich findet ein Aufrechterhaltungsaudit und nach drei Jahren ein Rezertifizierungsaudit statt (www.iso.org).

E. 10.3.1

In der Beschwerdeschrift wird die Position vertreten, die Vergabestelle sei nach ungenügender Prüfung zum voreiligen Schluss gelangt, dass die Dokumentation des fraglichen Eignungskriteriums durch die Beschwerdeführerin 2 nicht mit den Anforderungen der ISO14001-Zertifizierung vergleichbar sei. Die Beschwerdeführerin 2 habe jedoch die wichtigsten Punkte, z.B. die Einhaltung des Umweltrechts, die Bewertung der Umweltsituation und des Programms, die Konzernumweltrichtlinie, Abfallwirtschaft und Entsorgung sowie ihren Notfallplan für Umweltereignisse erschöpfend dargelegt. In ihrer Replik vom 23. Februar 2023 ergänzten die Beschwerdeführerinnen, die Beschwerdeführerin 2 sei auf jeden Fall ein grosses Unternehmen, das sich auch sehr für die Nachhaltigkeit, insbesondere für den Umweltschutz, einsetze. Sie verfüge über eine interne Politik und eine Organisation, die auf ökologische Nachhaltigkeit ausgerichtet seien. Im Juli 2022 habe sie daher die Bescheinigung des Kantons Tessin in diesem Bereich erhalten.

E. 10.3.2

Vernehmlassungsweise legte die Vergabestelle dar, der zweite Konsorte habe am 3. August 2022 auf ihre schriftliche Nachfrage hin zusätzliche Unterlagen eingereicht. Eine interne Fachperson der Vergabestelle habe daraufhin geprüft, ob die Beschwerdeführerin 2 über ein mit der ISO14001-Zertifizierung vergleichbares Umweltmanagementsystem verfüge. Diese Überprüfung findet sich in der «Checkliste Erfüllung Vergleichbarkeit Zuschlags- oder Eignungskriterium Umweltmanagementsystem (UMS)» vom 19. August 2022, ausgefüllt durch die Abteilung «Umwelt und Nachhaltigkeit» der Vergabestelle. Sie enthält folgende abschliessende Beurteilung (Zitat): Es gibt keine klar formulierten Umweltziele und keine Nachweise zur Wirksamkeit des Umweltmanagementsystems von [Beschwerdeführerin 2]. Das Dokument [...] ist datiert auf Juli 2014, es ist unklar ob und welche Verbesserungen in den letzten 8 Jahren stattgefunden haben. Gestützt auf die Checkliste ergänzte die Vergabestelle in ihrer Vernehmlassung, nicht nur fänden sich in den von der Beschwerdeführerin 2 eingereichten Unterlagen keine klaren Umweltziele, sondern es fehlten auch Nachweise, wie die Erreichung allfälliger Ziele und die Wirksamkeit der Massnahmen sichergestellt werde. Weiter mangle es an einer aufschlussreichen Darstellung der im Unternehmen bestehenden Ressourcen, Verantwortlichkeiten und Befugnisse für das Umweltmanagement, z.B. ein Organigramm mit Beschreibung. Ebenso fehlten Angaben dazu, wie die Umweltleistung des Unternehmens gemessen und bewertet werde. Kennzahlen seien keine definiert. Zwar werde in Dokumenten der Beschwerdeführerin 2 der Umgang des Unternehmens mit Abfall punktuell angesprochen; ein ganzheitliches Konzept für das Management von Produkten und Leistungen über deren «Lebensweg» fehle hingegen. Die von der Beschwerdeführerin 2 eingereichten Unterlagen datierten aus den Jahren 2013 und 2014 und seien seither offenbar nicht mehr aktualisiert worden. Dies

deute darauf hin, dass die Wirksamkeit der in den Unterlagen angesprochenen Prozesse nicht geprüft und optimiert worden sei, trotz relevanter neuer Erkenntnisse sowohl zu den Umweltgefahren als auch zu technischen und organisatorischen Massnahmen, insbesondere im Bereich der Dekarbonisierung. In diesem Kontext sei zu beachten, dass die ISO-Norm 14001 im Jahr 2015 revidiert worden sei.

E. 10.3.3

In ihrer Replik vom 23. Februar 2023 erklärten die Beschwerdeführerinnen, es treffe nicht zu, dass sich in den von der Beschwerdeführerin 2 eingereichten Unterlagen keine klaren Umweltziele und keine Nachweise darüber fänden, wie die Erreichung allfälliger Ziele und die Wirksamkeit der Massnahmen sichergestellt werden sollten. Vielmehr enthielten die Unterlagen eine Darstellung der im Unternehmen der Beschwerdeführerin 2 bestehenden Ressourcen, Verantwortlichkeiten und Befugnisse für das Umweltmanagement sowie die einschlägigen Kennzahlen und Angaben dazu, wie die Umweltleistung des Unternehmens gemessen und bewertet werde. Die Unterlagen enthielten auch ein ganzheitliches Konzept für das Management von Produkten und Leistungen über deren Lebensweg. Sie besagten nämlich ausdrücklich, dass die Umweltschutzaktivitäten im Unternehmen der Beschwerdeführerin 2 in Übereinstimmung mit den geltenden Gesetzen und der ISO14001-Zertifizierung, in ihrer Fassung von 2015, von einem speziellen Büro organisiert und überwacht würden. Diese Stelle überwache die Einhaltung der geltenden Vorschriften anhand des Blattes «1.08 Liste der ISO14001-Normen und -Gesetze», und die Kontrolle finde alle sechs Monate statt. Darüber hinaus überprüfe die zuständige Stelle des Unternehmens mindestens einmal jährlich die Umweltsituation an den verschiedenen Unternehmensstandorten und erhebe die für die Umweltbelastung relevanten Daten. Sowohl die Umweltsituation als auch der Verbrauch würden intern in der Geschäftsleitung diskutiert. Daraus würden Verbesserungsmassnahmen entwickelt, die im Blatt «2. 05 B Sorveglianza obiettivi aziendali e azioni di miglioramento» dokumentiert seien. Die Verwirklichung dieser Ziele erfolge innerhalb der festgelegten Fristen, und die zuständige Abteilung informiere die Geschäftsleitung bei grösseren Abweichungen. Ferner fördere die Beschwerdeführerin 2 das Umweltbewusstsein innerhalb der Gruppe und nach aussen, indem es Lieferanten und Subunternehmer, die sich dieser Problematik noch nicht bewusst seien, dazu anrege, ähnliche Vorkehrungen und Massnahmen zu treffen, wie sie innerhalb der Gruppe gälten. Die Aufmerksamkeit für die Umwelt und ihren Schutz sei daher ein zentraler Punkt in der Entwicklungspolitik der Unternehmensgruppe und führe, wie bei jedem anderen, ISO14001-zertifizierten Unternehmen, zu einer kontinuierlichen Verbesserung der Umweltleistung im Sinne der Nachhaltigkeit. Schliesslich betrachte die Beschwerdeführerin 2 den gesamten Managementprozess, d.h. die gesamte Lieferkette, und alle Aktivitäten würden nach bestimmten Kriterien durchgeführt.

E. 10.3.4

Duplizierend erklärte die Vergabestelle, aus den Unterlagen der Beschwerdeführerin 2 gehe gerade keine Darstellung ihrer bestehenden Ressourcen, Verantwortlichkeiten und Befugnisse im Umweltmanagement hervor. Welches spezielle Büro Umweltschutzaktivitäten überwache und wie dieses in die Organisation des Unternehmens eingegliedert sei, sei nicht erkennbar. Weder die Blätter «1.08 Liste der ISO14001-Normen und Gesetze», «2.05 B Sorveglianza obiettivi aziendali e azioni di miglioramento», auf welche sich die Beschwerdeführerinnen bezögen, noch die weiteren in Ziff. 2 der Unterlagen erwähnten Dokumente seien eingereicht worden. Ebenso wenig könne das von

der Beschwerdeführerin 2 vorgelegte Konzept mit der aktuellen ISO-Norm 14001 aus dem Jahr 2015 übereinstimmen, da es aus dem Jahr 2014 stamme und damit offensichtlich veraltet sei. Ziff. 10.3 der ISO-Norm 14001 verlange überdies, dass das Unternehmen die Eignung, Angemessenheit und Wirksamkeit seines Umweltmanagementsystems fortlaufend verbessern müsse. Dafür würden namentlich jährliche externe Prüfungen der Zertifizierungsstelle durchgeführt. Die Dokumente der Beschwerdeführerin 2 seien seit fast zehn Jahren nicht mehr überarbeitet worden. Wie die Umweltleistung - entsprechend den Vorgaben zur Managementbewertung in Ziff. 9.3 der ISO-Norm 14001 - konkret gemessen, evaluiert und vom Management bewertet werde, sei ebenfalls nicht nachvollziehbar.

E. 10.4

Auch bei der Anwendung der Eignungskriterien verfügt die Vergabestelle über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (Urteil des BGer 2C_383/2014 vom 15. September 2014 E. 7.1 «Monte Ceneri»; vgl. Urteil des BGer 2C_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 2.2 «CT-Ersatz Radiologie»; Wyss, Handkommentar, Art. 27 N. 16).

E. 10.5

Das Umweltkonzept «Gestione dell'ambiente» der Beschwerdeführerin 2 datiert vom 1. Juli 2014 und befindet sich damit nicht auf dem neuesten Stand, während sich Kenntnisse, Regulierungen und Techniken zu Umweltaspekten seit der Abfassung des Konzepts in nicht unerheblichem Masse weiterentwickelt haben. Daraus muss geschlossen werden, dass das Konzept keine regelmässige Aktualisierung erfährt. Verglichen mit den detaillierten Anforderungen der als Massstab dienenden ISO-Norm 14001 (vgl. Urteil des BVer B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 5.3.8 «mobiles Kontrollsystem LSVA») präsentieren sich die nachträglich eingereichten Unterlagen der Beschwerdeführerin 2 sodann bezüglich Einführung, Umsetzung, Aufrechterhaltung, Verbesserung und Kontrolle des Umweltschutzmanagements als wesentlich rudimentärer. Insbesondere mangelt es dem dargestellten Managementsystem der Beschwerdeführerin 2 an einem dokumentierten Mechanismus zur fortlaufenden Aktualisierung, Überprüfung und Verbesserung der relevanten Umweltaspekte. Entsprechende Umsetzungsberichte jedenfalls fehlen. Demzufolge wahrte die Vergabestelle ihren Beurteilungsspielraum, als sie die von der Beschwerdeführerin 2 nachgereichten Unterlagen nicht im Sinne eines mit ISO14001 vergleichbaren Umweltmanagementsystems wertete.

E. 10.6

Als Beilage zu ihrer Replik vom 13. Februar 2023 betreffend die verfahrensrechtlichen Anträge der Vergabestelle reichten die Beschwerdeführerinnen dem Bundesverwaltungsgericht einen mit einer Konformitätserklärung der Tessiner Handelskammer vom 25. Juli 2022 versehenen Bericht ein, durch den der Kanton Tessin der Beschwerdeführerin 2 Nachhaltigkeit in Umweltfragen bescheinigte. Der Bericht war am 1. Juni 2022 verfasst worden. Dazu hielten die Beschwerdeführerinnen fest, auf S. 18 des Nachhaltigkeitsberichts werde das Engagement der Beschwerdeführerin 2 für den Umweltschutz im Detail erläutert. Konkret achte das Unternehmen aktiv auf den Energie- und Wasserverbrauch, die Verringerung der CO₂-Emissionen und der Einwegkunststoffe, die Abfallentsorgung, Abfallvermeidungspläne sowie die Bürologistik auf der Baustelle, die die Emissionen geringhalte und den Strassenverkehr in der Umgebung nicht belaste.

Dieser Bericht existierte bereits, als die Beschwerdeführerinnen ihre Offerte am 3. August 2022 ergänzten, nachdem die Vergabestelle sie am 25. Juli 2022 aufgefordert hatte, fehlende Unterlagen zum Eignungskriterium «Vorliegen eines hinreichenden Umweltmanagementsystems» gemäss Kapitel 2.8.2 der Ausschreibungsbedingungen für die Beschwerdeführerin 2 nachzureichen. Die Vergabestelle erklärte in ihrer Duplik vom 23. Februar 2023 betreffend prozessuale Anträge, der von den Beschwerdeführerinnen nachträglich eingereichte Nachhaltigkeitsbericht sei offensichtlich kein mit ISO14001 vergleichbares Umweltmanagementsystem, sondern eine Unternehmensbroschüre. Der Versuch, nachträglich mit Unterlagen, die nicht Gegenstand der Offerte gebildet hätten, ein Eignungskriterium nachzuweisen, sei überzeugend gescheitert. Unter dem Titel «La tutela dell'ambiente» werden auf zwei Seiten des Berichts jeweils kurz die Massnahmen des Unternehmens in den hiervor erwähnten Bereichen beschrieben. Allerdings enthält der Bericht insbesondere keine konkrete Zuständigkeitsordnung für die Umsetzung und die Überprüfung der Massnahmen. Damit erfüllt er die Anforderungen der Vergabestelle noch weniger als das im Sinne eines mit ISO14001 vergleichbaren Umweltmanagementsystems seinerzeit auf deren Nachfrage hin eingereichte Konzept. Folglich vermag der im Beschwerdeverfahren eingereichte Nachhaltigkeitsbericht an der vorstehenden Beurteilung (E. 10.5) nichts zu ändern.

E. 11

Sodann bringen die Beschwerdeführerinnen vor, die Vergabestelle habe die mit dem neuen BöB verfolgten Ziele, die nicht nur ökologische, sondern auch soziale Aspekte betreffen, verkannt. Ihr Vorgehen widerspreche dem politischen Willen des Gesetzgebers, die Teilnahme kleinerer und mittlerer Unternehmen (KMU) an öffentlichen Vergabeverfahren zu begünstigen.

E. 11.1

Zur Begründung halten sie fest, das neue BöB markiere einen Paradigmenwechsel hin zu einer nachhaltigen öffentlichen Beschaffung. Einerseits sollten die drei Dimensionen der nachhaltigen Entwicklung (sozial, wirtschaftlich und ökologisch) in die Ziele des Gesetzes aufgenommen werden. Andererseits sei Raum für die Einbeziehung von Nachhaltigkeitskriterien in den verschiedenen Phasen des Zuschlagsverfahrens zu schaffen. Bis heute bestehe also ein deutlicher Wunsch des Gesetzgebers, nicht nur unter Umwelt-, sondern auch unter sozialen Gesichtspunkten nachhaltig einzukaufen. Zum sozialen Bereich der Nachhaltigkeit gehöre das Konzept der KMU-Förderung. Über 99 % aller Schweizer Unternehmen seien KMU. Wirtschaftsverbände und Politik hätten in der Vergangenheit mehrfach moniert, dass der administrative Aufwand und die Hürden für eine Teilnahme von KMU an öffentlichen Beschaffungen oft zu hoch seien. Der Bundesrat habe daher in der Beschaffungsstrategie der Bundesverwaltung die Zielsetzung formuliert, die Beschaffungsverfahren nach Möglichkeit anbieterfreundlich und insbesondere KMU-verträglich auszugestalten, indem der administrative Aufwand für die Teilnahme möglichst geringgehalten werden solle. Die teilweise hochspezialisierten KMU zeichneten sich regelmässig durch besonders innovations-, nachhaltigkeits- und qualitätsorientierte Leistungen aus. Würden die Beschaffungsverfahren so ausgestaltet, dass diese KMU teilnehmen und ihr Know-how einbringen könnten, erhalte die Vergabestelle eine grössere Auswahl an qualitativ hochwertigen Angeboten.

E. 11.2

Darauf entgegnet die Vergabestelle, erstens sei die Förderung von KMU bei öffentlichen Beschaffungen - im Gegensatz zur explizit im Gesetz verankerten Nachhaltigkeit - ein vergabefremder Zweck, der im GPA keine Grundlage finde. Zweitens würden Arbeitsgemeinschaften zwar oft mit dem Ziel gebildet, Ressourcen, Erfahrungen und Fähigkeiten zu vereinigen, welche ihre Mitglieder für sich allein nicht beibringen könnten. Insofern halte das von den Beschwerdeführerinnen zitierte Merkblatt BKB/KBOB «Bietergemeinschaften: Zulassung und Beschränkung» vom 1. Januar 2021 zutreffend fest, dass die Arbeitsgemeinschaft als Gesamtheit sämtliche Eignungskriterien erfüllen müsse. Indessen präzisiere das Merkblatt im darauffolgenden Satz sogleich, jedes Mitglied müsse die in seinem Bereich der Leistungserbringung verlangten Eignungskriterien erfüllen. Drittens handle es sich bei den von den Beschwerdeführerinnen erwähnten Empfehlungen der BKB und der KBOB vom März 2022 für die KMU-verträgliche Ausgestaltung der öffentlichen Beschaffungsverfahren - wie der Titel des Dokuments besage - um Empfehlungen, nicht um verbindliche Anweisungen an die Vergabebehörden. Im Übrigen rieten die Empfehlungen sinnvollerweise auch nicht davon ab, Eignungskriterien auf diejenigen Konsortien anzuwenden, welche die entsprechenden Leistungen erbrächten. Ein solches Verbot würde im Widerspruch zum Gesetz, zur einhelligen Lehre und zur Praxis stehen.

E. 11.3

KMU werden im BöB nicht erwähnt (vgl. Botschaft, S. 1859). Insbesondere enthält Art. 2 BöB über den Zweck des Gesetzes keine entsprechende Bestimmung. Abgesehen davon sind Gesetzeszwecke oder ein politischer Wille des Gesetzgebers als solche nicht justiziabel. Allenfalls können sie der Auslegung dienen (vgl. Botschaft, S. 1884). Die Beschwerdeführerinnen legen denn auch nicht dar, welche Rechtsnorm die Vergabestelle im vorliegenden Kontext verletzt haben soll (vgl. Art. 49 Bst. a VwVG i.V.m. Art. 56 Abs. 3 BöB). Ebenso wenig zeigen sie (in substantiiertem Sinne) auf, inwiefern sie die von ihnen genannten sozialen, wirtschaftlichen und ökonomischen Aspekte vernachlässigt haben sollte. Abgesehen davon kann ein Ausschluss aus dem Vergabeverfahren nicht einfach deshalb als rechtswidrig angesehen werden, weil die Nichterfüllung des betreffenden Eignungskriteriums durch ein kleines oder ein mittleres Unternehmen erfolgte. So ist auch nicht ersichtlich, dass KMU in der vorliegenden Beschaffung diskriminiert worden wären. Im Übrigen liess Ziff. 3.5 der Ausschreibung vom 1. April 2022 Bietergemeinschaften explizit zu. Bei der Zulassung von Bietergemeinschaften handelt es sich nicht um ein Instrument zur Förderung von KMU (BVGE 2010/58 E. 6.2 «Privatisierung Alcosuisse I»). Art. 31 Abs. 1 des neuen BöB bestimmt lediglich, dass Bietergemeinschaften zugelassen sind, soweit die Auftraggeberin dies in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen nicht ausschliesst oder beschränkt (vgl. Botschaft, S. 1947). Das BöB setzt das GPA auf Stufe Bund um. Anliegen des Umweltschutzes, der Einhaltung sozialer Mindeststandards oder der Förderung von KMU haben durchaus Eingang in das Beschaffungsrecht gefunden. Mit Blick auf den Regulierungszweck des GPA, welches der Öffnung der Märkte und der Gewährung diskriminierungsfreien Marktzutritts verpflichtet ist, wurden Aspekte der Nachhaltigkeit oder der KMU-Förderung anlässlich der Revision des GPA zwar diskutiert, letztlich aber in spezielle Arbeitsprogramme verwiesen (Botschaft, S. 1853 f., 1861).

E. 11.4

Daher erweist sich die Rüge, das Vorgehen der Vergabestelle widerspreche dem politischen Willen des Gesetzgebers, die Teilnahme von KMU an öffentlichen Vergabeverfahren zu begünstigen, als unbegründet.

E. 12

Schliesslich rügen die Beschwerdeführerinnen, ihr Ausschluss wegen Nichterfüllens des Eignungskriteriums «Vorliegen eines hinreichenden Umweltmanagementsystems» durch die Beschwerdeführerin 2 stelle einen Fall von überspitztem Formalismus dar.

E. 12.1

Als Begründung halten sie fest, der Ausschluss einer Anbieterin aufgrund lediglich geringfügiger Abweichungen von den in den Eignungskriterien statuierten Anforderungen verstosse gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 und Art. 29 BV). Die Vergabestelle sei in solchen Fällen berechtigt, die nachträgliche Einreichung von Detailnachweisen zuzulassen, bzw. verpflichtet, solche einzuholen. Da die Unterlagen nicht ausgereicht hätten, hätte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin 2 eine zusätzliche Frist setzen müssen, um die fehlenden Informationen für die Analyse der Vergleichbarkeit zwischen den vom Unternehmen ergriffenen und den von der Umweltzertifizierung ISO14001 vorgeschriebenen Massnahmen vorzulegen. Ausserdem würden die fehlenden Informationen immer noch geringfügige Aspekte darstellen, die nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit einen Ausschluss vom Zuschlagsverfahren nicht rechtfertigen würden (z.B. «Die Umweltleistung wird mit Kennzahlen bewertet»).

E. 12.2

Auf einen Ausschluss kann verzichtet werden, wenn er sich als unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch erweisen würde (Urteile des BGer 2C_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 3.3 «CT-Ersatz Radiologie» und 2C_665/2015 vom 26. Januar 2016 E. 1.3.3 «Engineered Materials Arresting System Piste 28»). Überspitzter Formalismus im Sinne von Art. 29 Abs. 1 BV liegt 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 (vgl. BGE 132 I 249 E. 5). Das Bundesverwaltungsgericht leitet aus dem Verbot des überspitzten Formalismus ab, dass dem Anbieter in vergaberechtlichen Verfahren in bestimmten Fällen Gelegenheit zu geben ist, den ihm vorgehaltenen Formmangel zu beheben. In diesem Sinne kann ein Ausschluss namentlich dann unverhältnismässig sein, wenn lediglich Bescheinigungen (etwa betreffend Bezahlung der Steuern) fehlen, deren Nachreichung sich nicht auf das Preis-/Leistungsverhältnis der Offerte auswirkt (BVGE 2007/13 E. 3.3 m.H. «Vermessung»; Urteile des BVGer B-3709/2021 vom 2. Juni 2022 E. 11.3 «Übersetzungsdienstleistungen», B-5608/2017 vom 5. April 2018 E. 3.7.2 «Lüftungsanlagen Kaserne» und B-985/2015 vom 25. März 2015 E. 5.3.3 «Erleichterung Grenzübertritt im Schienenverkehr»; Galli/Moser/Lang/Steiner, N. 447 f.).

E. 12.3

Am 25. Juli 2022 gaben die SBB den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit, Nachweise hinsichtlich der Erfüllung des Eignungskriteriums durch die Beschwerdeführerin 2 einzureichen. Die SBB waren jedoch nicht gehalten, eine weitere Frist anzusetzen. Vielmehr durften sie nach Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) davon ausgehen, dass die nachgereichten Dokumente vollständig wären. Von der Vergabestelle kann, namentlich aus Praktikabilitätsüberlegungen und mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot (Art. 11 Bst. c

BöB), nicht verlangt werden, dass sie zusätzliche Fristen setzt, bis die betreffende Anbieterin den entsprechenden Nachweis allenfalls doch noch zu erbringen vermag.

E. 12.4

Schliesslich fehlte es auch nicht an einer Bescheinigung von bloss untergeordneter Natur. In Wirklichkeit erhielt die Beschwerdeführerin 2 von der Vergabestelle vielmehr Gelegenheit, Unterlagen zum Eignungskriterium nachzureichen, was sie denn auch tat. Diese Unterlagen vermochten ein genügendes Umweltmanagementsystem aufgrund einer den Ermessensspielraum der Vergabestelle währenden inhaltlichen Beurteilung jedoch nicht zu belegen.

E. 12.5

Überspitzter Formalismus lässt sich demnach nicht konstatieren, zumal die Vergabestelle den Beschwerdeführerinnen eine Frist zum Nachreichen einer einschlägigen Dokumentation für die Beschwerdeführerin 2 ansetzte. Deshalb erweist sich die Rüge, der Ausschluss der Beschwerdeführerinnen vom Vergabeverfahren sei unverhältnismässig, als unbegründet.

E. 13

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist.

E. 14

Die prozessualen Rechtsbegehren werden mit dieser Endentscheid gegenstandslos. Dispositiv-Ziff. 4 der Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Dezember 2022, mit welcher dem Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung superprovisorisch entsprochen wurde, fällt deshalb dahin.

E. 15.1

Weil die Beschwerdeführerinnen unterliegen, haben sie die Verfahrenskosten zu tragen (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). 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. 5'000.- festgelegt.

E. 15.2

Den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die unter das BöB fallende Vergabestelle hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE; Urteil des BVGer B-6261/2020 vom 18. Mai 2021 E. 10.2 m.H.). (Dispositiv nächste Seite)

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