

BVGer B-6506/2020 vom 6. April 2021

Bundesverwaltungsgericht, 2021-04-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-6506_2020

FR: TAF B-6506/2020 du 6 avril 2021

IT: TAF B-6506/2020 del 6 aprile 2021

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) in Kraft. Gemäss der in Art. 62 BöB enthaltenen Übergangsbestimmung werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Die im vorliegenden Verfahren massgebliche Ausschreibung datiert vom 8. Juni 2020. Damit sind grundsätzlich die in jenem Zeitraum geltenden Rechtssätze anwendbar, insbesondere das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (aBöB) und die Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (aVöB).

E. 1.2.1

Als durch Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht anfechtbare Verfügung gilt nebst dem Zuschlag auch der Ausschluss nach Art. 11 aBöB (Art. 29 Bst. a und d i.V.m. Art. 27 Abs. 1 aBöB). Die Beschwerdeführerinnen fechten vorliegend den mit Schreiben vom 9. Dezember 2020 mitgeteilten Ausschluss aus dem Verfahren an. Sie beantragen, die Ausschlussverfügung sei aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vergabestelle zurückzuweisen, eventualiter sei die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Ausschlussverfügung festzustellen. Da sie das preisgünstigste Angebot aller Anbieter eingereicht hätten, hätten sie gute Aussichten den Zuschlag für die Arbeiten zu erhalten, wenn der Ausschluss aufgehoben werde. Zumindest implizit fechten die Beschwerdeführerinnen somit auch den Zuschlag an.

E. 1.2.2

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

E. 1.2.3

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

E. 1.2.4

Die Vergabestelle geht in Ziff. 1.8 und 2.1 der Ausschreibung von einem Bauauftrag aus. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c aBöB bedeutet der Begriff "Bauftrag" einen Vertrag über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziffer 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 des GPA. Vorliegend ist der Bau eines Nationalstrassenprojektes im Sinne des Art. 26 des Bundesgesetzes vom 8. März 1960 über die Nationalstrassen (NSG, SR 725.11) geplant. Die Einstufung als Bauauftrag ist daher zutreffend. Das aBöB ist anwendbar, wenn der geschätzte Wert eines zu vergebenden Bauauftrags den Schwellenwert von 8 Mio. Fr. erreicht (Art. 2a Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 2a Abs. 3 Bst. d aVöB). Dieser Schwellenwert ist angesichts des Preises des berücksichtigten Angebots von Fr. 74'100'688.06 (exkl. MwSt) zweifelsfrei überschritten.

E. 1.2.5

Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 aBöB vorliegt, fällt die vorliegend angefochtene Beschaffung in den Anwendungsbereich des aBöB.

E. 1.2.6

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

E. 1.3

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

E. 1.4

Das aBöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese grundsätzlich nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 aBöB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG; BGE 137 II 313 E. 3.2; Urteil des BVGer B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 1.2.1). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

E. 1.4.1

Die Beschwerdeführerinnen sind formell beschwert, denn sie haben am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen. Weil der Zuschlag nicht ihnen erteilt wurde und sie vom Verfahren ausgeschlossen wurden, sind sie durch die angefochtene Verfügung auch besonders berührt.

E. 1.4.2

Ein unterlegener Anbieter hat jedoch nur dann ein schutzwürdiges Interesse, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten (BGE 141 II 14 E. 4 ff.). Diese Frage ist aufgrund der von den Beschwerdeführerinnen gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. Wie erwähnt, beantragen die Beschwerdeführerinnen, die Ausschlussverfügung sei aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vergabestelle zurückzuweisen. Ihr Angebot sei zu Unrecht ausgeschlossen worden. Die Vergabestelle habe einen qualifizierten Ermessensfehler begangen, indem sie davon ausgegangen sei, dass die Beschwerdeführerinnen die Eignungskriterien nicht erfüllen. Zudem hätten sie ein um rund 4 Mio. Fr. günstigeres Angebot eingereicht als die Zuschlagsempfängerinnen. Würde das Bundesverwaltungsgericht der Argumentation der Beschwerdeführerinnen folgen und den Ausschlussgrund verneinen, so wäre die Sache zumindest zu einer Neuevaluation der Angebote unter Einbezug der Offerte der Beschwerdeführerinnen an die Vergabestelle zurückzuweisen. Da der Angebotspreis der Beschwerdeführerinnen günstiger ist als derjenige der Zuschlagsempfängerinnen, hätten die Beschwerdeführerinnen - auch wenn dieser gemäss den Zuschlagskriterien nur mit 40% gewichtet wird - eine reelle Chance, den Zuschlag zu erhalten. Ihnen ist demnach die Beschwerdelegitimation zuzusprechen.

E. 1.5

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 30 aBöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Rechtsvertreter hat sich rechtmässig ausgewiesen (Art. 11 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 1.6

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

E. 2.1

Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Art. 9 Abs. 1 aBöB 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). Nach Art. 9 Abs. 1 aVöB kann die Auftraggeberin für die Überprüfung der Eignung der Anbieter Unterlagen erheben und einsehen. Die Eignungskriterien müssen auftragsspezifisch bzw. leistungsbezogen sein (vgl. zum Ganzen: Zwischenentscheid des BVGer B-82/2017 vom 24. April 2017; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 555 f.).

E. 2.2

Eignungskriterien dienen dazu, den Kreis der Anbieter auf diejenigen Unternehmen einzugrenzen, welche in der Lage sind, den Auftrag in der gewünschten Qualität zu erfüllen (BVGE 2010/58 E. 6.1). Die Nichterfüllung der Eignungskriterien führt zum Ausschluss des Anbieters (BGE 139 II 489 E. 2.2.4; Urteil des BVGer B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 580). Erfüllt ein Anbieter ein Eignungskriterium nicht, ist er auszuschliessen, sofern sich der Ausschluss nicht als unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch erweist (Urteile des BGer 2C_346/2013 vom 20. Januar 2014 E.3.3, 2C_665/2015 vom 26. Januar 2016 E. 1.3.3).

E. 2.3

Das Bundesverwaltungsgericht greift nur ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt. Dies gilt insbesondere in Bezug auf den Entscheid der Vergabestelle, welche als Referenz ausgewählten Arbeiten sie mit der ausgeschriebenen Leistung als vergleichbar erachtet. Namentlich steht etwa die Beurteilung, ob eine Referenz ausreicht, um darzutun, dass eine Unternehmung in der Lage ist den ausgeschriebenen Auftrag zu erfüllen im Ermessen der Vergabebehörde (BVGer B-3875/2016 E. 3.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 565, je m.H.).

E. 3.1

Vorliegend musste gemäss Ziff. 3.8 der Ausschreibung für EK 1 der folgende Nachweis erbracht werden: "Zu EK1: Für den Anbieter: 1 Referenzobjekt über abgeschlossene Arbeiten mit vergleichbarer Komplexität und aus dem gleichen Fachbereich. Die Referenz kann kumulativ in maximal vier Teilreferenzen erbracht werden. Das Referenzprojekt bzw. die Teilreferenzen hat / haben mindestens folgende Fachbereiche zu enthalten: - Infrastrukturanlage eines Strassen- oder Eisenbahnprojektes unter Verkehr, - Strassenbrücke über Nationalstrasse oder Eisenbahn unter Verkehr, - Trasse- und Werkleitungsbau unter Verkehr, - Tiefe Baugrube inkl. Sicherung, - Referenzobjekt über abgeschlossene Arbeiten mit vergleichbarer Komplexität aus dem gleichen Fachbereich."

E. 3.2

Die Vergabestelle begründete den Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerinnen damit, dass die von ihnen vorgelegte Teilreferenz zum Fachbereich "Brückenbau" ungenügend sei. Zudem seien die angegebenen Referenzobjekte bei Eignungskriterium 1 "Technische Leistungsfähigkeit" (EK 1) und Eignungskriterium 3 "Fachliche Leistungsfähigkeit der Schlüsselpersonen" (EK 3) wegen mangelnder technischer Komplexität sowie kleinerer Komplexität infolge des tieferen Auftragsvolumens nicht vergleichbar.

E. 3.3

Die Beschwerdeführerinnen haben vier Referenzobjekte angegeben, wobei eines den Fachbereich "Strassenbrücke über Nationalstrasse oder Eisenbahn unter Verkehr" enthält. Es handelt sich dabei um das Projekt "Kloten ZEB". Bei diesem Referenzobjekt wurde gemäss der Darstellung der Beschwerdeführerinnen eine neue rund 200 Meter lange Eisenbahnbrücke erstellt, mit welcher die Züge von Bassersdorf in Richtung Kloten die Flughafenlinie überqueren können, ohne diese kreuzen zu müssen. Weiter sei die Strecke Kloten-Dorfnest über rund 1,6 Kilometer Länge zur Doppelspur ausgebaut worden. Die Bauausführung sei unter ständigem Bahnverkehr erfolgt. Die Firmen A._____ AG und D._____ AG seien bei diesem Projekt als Subunternehmerinnen der E._____ AG tätig gewesen (vgl. S. 12 der Unternehmerangaben der Beschwerdeführerinnen sowie Offerte der Beschwerdeführerinnen, Formular 3.1 und Dokumentation Referenz [...] "Kloten, ZEB, Dorfnest Entflechtung & Zugfolgezeitverkürz.").

E. 3.4

Die Beschwerdeführerinnen rügen vorab, dem Brückenbau komme im vorliegenden Projekt nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Ein Erfahrungsnachweis im Sinne eines Referenzobjektes für den Fachbereich Brückenbau sei deshalb nicht sachgerecht. Die Vergabestelle stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, diese Rüge sei verwirkt.

E. 3.4.1

Als mit Beschwerde selbstständig anfechtbare Verfügung gilt auch die Ausschreibung des Auftrags (Art. 29 Bst. b aBöB). Einwände, welche die Ausschreibung betreffen, können im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Verfügungsgegenstand grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, soweit Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne weiteres erkennbar waren (BVGE 2014/14 E. 4.4; Zwischenentscheid des BVGer B-82/2017 vom 24. April 2017 E. 5.4.1; Urteil des BVGer B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3.4.4; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 563). Überdies besteht bei einer unklaren Ausschreibung eine Fragepflicht des Anbietenden.

E. 3.4.2

Der Vergabestelle kommt bei der Wahl der Eignungskriterien und der einzureichenden Eignungsnachweise ein grosses Ermessen zu, in welches die Rechtsmittelinstanz nicht eingreifen darf (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 557). Aus den Ausschreibungsunterlagen geht hervor, dass beim vorliegenden Projekt zwei Brücken unter Aufrechterhaltung des Verkehrsflusses abzubauen und neu zu bauen sind. Bei den zu erstellenden Brücken handelt es sich um längs vorgespannte, 3-feldrige integrale Plattenbrücken über mehrere Fahrbahnen, mit einer Gesamtlänge von je 62,3m und ca. 70m im Achsenmass. Die Brücken sind im Grundriss gekrümmt (vgl. Dossier 3, Ausschreibungsunterlagen Dokument 3.02.000, S. 46 ff.). Auch wenn nur ein kleinerer Teil des gesamten Auftragsvolumens auf den Brückenbau entfällt, kann bei dieser Ausgangslage keine Rede davon sein, dass die gewählten Eignungskriterien nicht in einem direkten und konkreten Bezug zur Leistung stehen, die zu erbringen ist. Vielmehr erscheint es nachvollziehbar, dass an die Anbieter im Fachbereich "Brückenbau" hohe Anforderungen gestellt werden, weshalb die Rüge als unbegründet abzuweisen ist. Die Frage, ob die Beschwerdeführerinnen diese Rüge bereits früher hätten vorbringen müssen, kann deshalb offenbleiben.

E. 3.5

Die Beschwerdeführerinnen bringen in ihrer Duplik weiter vor, in der Ausschreibung würden entweder Referenzen für den Fachbereich "Strassenbrücke über Nationalstrasse" oder "Eisenbahn unter Verkehr" verlangt. Der Brückenbau sei damit nur als alternativer und nicht als zwingender Fachbereich bezeichnet. Sie hätten sich mit dem Objekt "Kloten ZEB" für die Variante "Eisenbahn unter Verkehr" entschieden. Nebst dem Fachbereich "Eisenbahn unter Verkehr" sei in diesem Projekt auch der Brückenbau beinhaltet gewesen. Faktisch seien damit beide Fachbereiche abgedeckt gewesen.

E. 3.5.1

Die Vergabestelle ist demgegenüber der Auffassung, aus der Formulierung im SIMAP ergebe sich eindeutig, dass der Bau einer Brücke als Nachweis erforderlich gewesen sei, wobei sowohl eine Brücke über die Nationalstrasse als auch eine solche über die Eisenbahn als vergleichbar zugelassen worden sei. Einen Erfahrungsnachweis im Bereich "Eisenbahn unter Verkehr" zu verlangen mache auch objektiv keinen Sinn. Das ausgeschriebene Projekt habe keinen Bezug zum Eisenbahnverkehr bzw. dem Bau von Eisenbahnanlagen.

E. 3.5.2

Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (Urteil des BGer 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1; BVGer

B-3875/2016 E. 3.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 566 ff.). Die Vergabestelle verfügt allerdings auch bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen - im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle - nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil des BGer 2D_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2; BVGer B-3875/2016 E. 3.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 557 und 564 f.). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken. Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (BGE 141 II 14 E. 7.1; BVGer B-3875/2016 E. 3.2).

E. 3.5.3

Gemäss der Ausschreibung wurde eine Teilreferenz für den Fachbereich "Strassenbrücke über Nationalstrasse oder Eisenbahn unter Verkehr" gefordert. Der Wortlaut dieser Anforderung ist nicht eindeutig. Diese Anforderung kann wörtlich einerseits dahingehend verstanden werden, als dass eine Referenz aus dem Fachbereich "Strassenbrücke über Nationalstrasse" oder aus dem Fachbereich "Eisenbahn unter Verkehr" verlangt wird. Andererseits kann sie auch so verstanden werden, dass eine Referenz für eine "Strassenbrücke über Nationalstrasse" oder eine "Strassenbrücke über Eisenbahn unter Verkehr" gefordert wird. Wie die Vergabestelle richtig vorbringt, weist das vorliegende Projekt keinen Bezug zum Bau von Eisenbahnanlagen bzw. zum Fachbereich "Eisenbahn unter Verkehr" auf. Demgegenüber müssen beim vorliegenden Projekt zwei Brücken unter Aufrechterhaltung des Verkehrsflusses abgebrochen und neu gebaut werden. Bei den zu erstellenden Brücken handelt es sich wie bereits erwähnt um vorgespannte Brücken über mehrere Fahrbahnen, die im Grundriss gekrümmt sind (s. oben E. 3.4.2). Die zu erstellenden Brücken weisen somit eine hohe Komplexität auf. Insofern erscheint es daher naheliegend, dass für die Erbringung dieser Leistung einen Erfahrungsnachweis für eine "Strassenbrücke über Nationalstrasse" oder eine "Strassenbrücke über Eisenbahn unter Verkehr" verlangt wurde (vgl. oben E. 3.4.2). Auch alle weiteren Bewerber haben im Übrigen ein Referenzobjekt für den Fachbereich Brückenbau angegeben.

E. 3.5.4

Insgesamt scheint die von der Vergabestelle vertretene Auslegung somit eher zutreffend als diejenige der Beschwerdeführerinnen. Selbst wenn sie nur gleichermassen vertretbar wäre, wäre ihr unter Berücksichtigung des der Vergabestelle zustehenden Ermessens- oder Beurteilungsspielraums (vgl. oben E. 3.5.2) jedoch der Vorzug zu geben.

E. 3.6

Es stellte sich somit die Frage, ob die Beschwerdeführerinnen ihre Eignung im Fachbereich "Strassenbrücke über Nationalstrasse oder [Brücke über] Eisenbahn unter Verkehr" mit dem Referenzprojekt "Kloten ZEB" nachweisen konnten.

E. 3.6.1

Die Vergabestelle stellt sich auf den Standpunkt, die angegebene Referenz könne den Beschwerdeführerinnen nicht angerechnet werden, da sie nur als Subunternehmerinnen tätig gewesen seien, die relevanten Arbeiten im Brückenbau nicht selber ausgeführt, keine Gesamtverantwortung getragen und keine Koordinationsaufgaben wahrgenommen hätten.

E. 3.6.2

Die Beschwerdeführerinnen wenden dagegen ein, in der Ausschreibung werde nirgends verlangt, dass nur Referenzen anerkannt würden, bei denen die Anbieterinnen als Hauptunternehmerinnen tätig gewesen seien. Entsprechend hätten sie nicht davon ausgehen müssen, dass eine als Subunternehmerin ausgeführte Arbeit nicht als Teilreferenz zähle. Zudem hätten sie beim Referenzobjekt durchaus auch für den Brückenbau im engeren Sinne massgebliche Arbeiten ausgeführt. Beim Lehrgerüst inkl. Schutzkonstruktion sei dies zwar nicht der Fall gewesen, für diese Arbeiten hätten sie aber in ihrem Angebot die renommierte Spezialfirma F. _____ AG als Subunternehmerin vorgesehen und deklariert.

E. 3.6.3

Den Zuschlag für das Referenzobjekt "Kloten ZEB" hat die E. _____ AG erhalten (SIMAP-Publikation vom 28. September 2015, Meldungsnummer 881047). Die Beschwerdeführerinnen, d.h. konkret die A. _____ AG und die D. _____ AG, waren - wie von den Beschwerdeführerinnen angegeben - als Subunternehmerinnen beteiligt.

E. 3.6.4

Den Beschwerdeführerinnen ist insoweit zuzustimmen, als dass aus der Ausschreibung nicht hervorgeht, dass nur Referenzen anerkannt werden, bei denen die Anbieterinnen als Hauptunternehmerinnen tätig gewesen sind. Aber unabhängig davon, ob die Anbieterinnen bei einem Referenzobjekt als Hauptunternehmerinnen oder als Subunternehmerinnen tätig waren, haben sie mit der angegebenen Referenz nachzuweisen, dass sie fachlich in der Lage sind, den ausgeschriebenen Auftrag zu erfüllen, mithin über Erfahrung bei den relevanten Arbeiten verfügen. Entscheidend ist somit, welche Arbeiten die Beschwerdeführerinnen beim angegebenen Referenzobjekt ausgeführt haben.

E. 3.6.5

Gemäss den Bedingungen in Ziff. 3.5 der Ausschreibung des Projekts "Kloten ZEB" (SIMAP-Publikation vom 16. April 2015, Meldungsnummer: 862573) waren die wesentlichen Leistungen wie Brückenbau durch den Anbieter selbst auszuführen. Diese Arbeiten durften nicht an Subunternehmer vergeben werden, weshalb bereits deshalb davon auszugehen ist, dass sie nicht von den Beschwerdeführerinnen übernommen wurden.

E. 3.6.6

Zudem hat die Vergabestelle zur Prüfung der effektiv durch die Beschwerdeführerinnen erbrachten Leistungen beim Projekt "Kloten ZEB" bei den Beschwerdeführerinnen selbst und der von ihnen angegebenen Auskunftsperson nachgefragt. Die Beschwerdeführerinnen gaben auf Nachfrage an, die A. _____ AG habe im Bereich Stahlbetonbrücke beim Projekt "Kloten ZEB", "Aushub und Böschungssicherung der Brückenwiderlager-Fundationen der neuen Stahlbetonbrücke, Unterstützung bei sämtlichen Betonkonstruktionen, Stützmauern, Betonstützmauern der gesamten Bauausführung" und die D. _____ AG "Spezialtiefbauarbeiten insbesondere Brückenwiderlagerfundationen mit Grossbohrpfählen, Fundation mit Mikropfählen für Brückenlehrgerüst" erbracht. Ihr Anteil an der Gesamtauftragssumme von 23 Mio. Fr. habe rund 33% betragen (Fr. 7'700'700.- exkl. MwSt). Diese Angaben untermauerten die Beschwerdeführerinnen mit zwei Bestätigungsschreiben des Baustellenchefs der E. _____ AG, G. _____. Die Auskunftsperson H. _____ (Projektverfasser [...]) gab gemäss der von der Vergabestelle erstellten Telefonnotiz vom 9. September 2020 an, die Beschwerdeführerinnen hätten "im

Bereich des Erdbaus, für die Erstellung von Dammschüttungen und für die Böschungssicherungen mit Blocksteinen (Blocksatz) der Baupiste [Leistungen] erbracht. Zudem [seien] die Bohrpfähle für die Fundamente und Nagelwandsicherungen an den Baugruben durch den Anbieter erstellt [worden]". Demgegenüber seien durch die Beschwerdeführerinnen keine Werkleitungsarbeiten sowie keine Arbeiten an der Eisenbahnbrücke, Spundwand und Grundwasserabsenkungen ausgeführt worden. Die Fachbereiche "Strassenbrücke über Nationalstrasse oder Eisenbahn unter Verkehr" und "Trasse und Werkleitungsbau unter Verkehr" könnten von den Beschwerdeführerinnen mit dem Referenzprojekt nicht nachgewiesen werden.

E. 3.6.7

Mit Replik vom 22. Februar 2021 reichten die Beschwerdeführerinnen eine Präzisierung der Bestätigung des Baustellenchefs der E. _____ AG, G. _____, ein. In dieser Bestätigung vom 11. Februar 2021 wird ausgeführt, die D. _____ AG habe die Pfahlfundationen mit Mikropfählen für die Lehrgerüstarbeiten inkl. Statik für die Stahlbetonbrücke sowie Grossbohrpfähle bei den Widerlagerfundationen und dazugehörigen Baugrubensicherungen mit Nagelwandsicherungen erstellt. Die A. _____ AG habe die auf den Mikropfählen liegenden Betonfundamente als Abstellbasis für das Lehrgerüst der Stahlbetonbrücke in Eigenregie erstellt und im Zusammenhang mit den Erd-, Tief- und Dammbauarbeiten auch die Trasseebau- und Werkleitungsarbeiten auf dem gesamten Baustellenperimeter ausgeführt. Zudem habe sie mit rund fünf bis sieben Mitarbeitern als Unterstützung an der Brückenschalung sowie beim Einbringen des Betons mitgewirkt. Schliesslich seien die Schlüsselpersonen I. _____ und J. _____ im Bauablauf im Bauführerteam bei den komplexen Arbeiten (insbs. Lehrgerüst, Bewehrungen und Vorspannungen) integriert gewesen.

E. 3.6.8

Sowohl aus den Bedingungen der Ausschreibung des Projekts "Kloten ZEB" als auch den erwähnten Angaben der Beschwerdeführerinnen, der Auskunftsperson und den von den Beschwerdeführerinnen eingereichten Bestätigungen ergibt sich, dass die Beschwerdeführerinnen eigenständig keine Arbeiten an der Brückenkonstruktion (Träger etc.) und am Lehrgerüst inkl. Schutzkonstruktion ausgeführt haben. Die Beschwerdeführerinnen haben in gewissen Bereichen zwar unterstützend mitgewirkt. Sie waren insgesamt aber nur in untergeordneter Form am Projekt "Kloten ZEB" beteiligt, was auch ihr Anteil von rund 33% an der Gesamtauftragssumme bestätigt. Auch wenn zwei Schlüsselpersonen der Beschwerdeführerinnen im Bauablauf im Bauführerteam bei den komplexen Arbeiten (insbs. Lehrgerüst, Bewehrungen und Vorspannungen) integriert waren, kann daraus nicht geschlossen werden, dass die Beschwerdeführerinnen die Gesamtverantwortung und Koordinationsaufgaben wahrgenommen haben.

E. 3.6.9

Wie erwähnt kommt der Vergabestelle bei der Beurteilung, ob die Eignung eines Anbieters gegeben ist, ein grosses Ermessen zu (s. oben E. 2.3). Dieses Ermessen hat die Vergabestelle vorliegend nicht überschritten, wenn sie davon ausging, dass die Referenz "Kloten ZEB", bei welcher die Beschwerdeführerinnen nur in untergeordneter Form als Subunternehmerinnen beteiligt waren und bestimmte Kernarbeiten im Bereich Brückenbau nicht selbst ausgeführt haben, nicht ausreicht, um die Eignung im Fachbereich "Strassenbrücke über Nationalstrasse oder Eisenbahn unter Verkehr" für das vorliegende

Projekt nachzuweisen. Es ist somit nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle zum Schluss kam, diese Referenz könne den Beschwerdeführerinnen nicht angerechnet werden.

E. 3.6.10

Daran ändert auch der Einwand der Beschwerdeführerinnen, für Arbeiten am Lehrgerüst inkl. Schutzkonstruktion habe sie in ihrem Angebot die renommierte Spezialfirma F. _____ AG als Subunternehmerin vorgesehen und deklariert, nichts. Denn die Vergabestelle hat die Referenz "Kloten ZEB" nicht alleine deshalb nicht angerechnet, weil die Beschwerdeführerinnen bei diesem Projekt keine Arbeiten am Lehrgerüst ausgeführt haben, sondern wie soeben erwähnt auch aufgrund weiterer Faktoren. Im Übrigen wäre die Eignung bzw. das Erfüllen der Eignungskriterien auch von den Subunternehmungen nachzuweisen, wenn diese wesentliche Leistungsteile erbringen. Ansonsten könnte die Qualitätsgewähr umgangen werden, was den Zielen des Vergaberechts zuwiderlaufen würde (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 562 m.H.). Ein solcher Nachweis hat die Beschwerdeführerinnen in ihrem Angebot aber nicht erbracht.

E. 3.7

Schliesslich machen die Beschwerdeführerinnen geltend, sie seien seit Jahrzehnten im Nationalstrassenbau tätig, hätten in dieser Zeit zahlreiche vergleichbare Baumeisteraufträge im Nationalstrassenbau offeriert und diverse Zuschläge erhalten. Dabei sei ihre Eignung nie verneint worden. Das gelte insbesondere auch beim Projekt "Einhausung Schwamendingen", bei welchem sie unter der Federführung der [...] -Gesellschaften ein Angebot eingereicht hätten. Zwar hätten sie den Zuschlag nicht erhalten, die Vergabestelle sei aber zum Schluss gekommen, dass sie die Eignungskriterien erfüllen würden. Dieses Projekt habe nicht nur eine grössere technische Komplexität, auch das Auftragsvolumen sei mit rund 200 Mio. Fr. deutlich höher. Ihnen nun plötzlich die Eignung abzusprechen, sei willkürlich. Die Rechtsicherheit sowie Treu und Glauben würden es gebieten, bei der Beurteilung der Eignung mitzuberücksichtigen, dass die gleiche Vergabestelle die Eignung der Beschwerdeführerinnen zuvor jahrzehntelang bejaht habe.

E. 3.7.1

Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz folgt, dass die Eignung der Anbieter aufgrund der eingereichten Angaben und Nachweise zu prüfen ist. Es ist grundsätzlich nicht Sache der Vergabestelle, weitere Abklärungen zur Eignung eines Anbieters zu treffen, wenn dessen Eignungsnachweise den vorgegebenen Anforderungen nicht genügen (Urteil des BVGer B-4366/2009 vom 24. Februar 2010 E. 7, GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 573). Dieser Grundsatz wird durch die Untersuchungsmaxime und das Verhältnismässigkeitsprinzip relativiert. Weiter kann sich eine Rückfragepflicht ergeben. Die Vergabestelle, die ein Fehlen oder Ungenügen von Nachweisen feststellt, hat je nach den gegebenen Umständen nachzufragen, bevor sie einem Anbieter mangels Eignung ausschliesst (vgl. statt vieler Zwischenentscheid des BVGer B-6997/2018 vom 30. April 2019 E. 5.1.2 Abs. 2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 574).

E. 3.7.2

Die Vergabestelle hat mit Schreiben vom 18. September 2020 Rückfragen gestellt. Hinzu kommt, dass beim Projekt "Einhausung Schwamendingen" gemäss Ausschreibung kein Nachweis über Kompetenzen im Brückenbau gefordert wurde. Auch machen die Beschwerdeführerinnen im Beschwerdeverfahren nicht geltend, über eine andere Referenz aus dem Fachbereich "Strassenbrücke über Nationalstrasse oder Eisenbahn unter Verkehr"

zu verfügen. Damit kann die Frage, ob die Vergabestelle bei der Prüfung der Eignungskriterien vorliegend auch Wissen ausserhalb der angegebenen Referenzen hätte verwenden müssen, offengelassen werden.

E. 3.8

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vergabestelle ihr Ermessen nicht überschritten hat, indem sie das von den Beschwerdeführerinnen angegebene Referenzobjekt "Kloten ZEB" nicht anrechnet. Einen weiteren Erfahrungsnachweis für den Fachbereich "Strassenbrücke über Nationalstrasse oder Eisenbahn unter Verkehr" haben die Beschwerdeführerinnen nicht erbracht. Damit ist der Erfahrungsnachweis in diesem Fachbereich nicht erbracht und das Eignungskriterium 1 "Technische Leistungsfähigkeit" nicht erfüllt. Die Vergabestelle hat mit dem Ausschluss der Beschwerdeführerinnen bzw. ihres Angebotes vom Verfahren wegen mangelnder Eignung nicht gegen Bundesrecht verstossen.

E. 3.9

Die weiteren Rügen der Beschwerdeführerinnen brauchen bei diesem Ergebnis nicht mehr geprüft zu werden. Es kann insbesondere offengelassen werden, ob die Vergabestelle darüber hinaus zu Recht davon ausging, dass auch die angegebenen Referenzobjekte bei EK 1 und EK 3 wegen mangelnder technischer Komplexität sowie kleinerer Komplexität infolge des tieferen Auftragsvolumens nicht vergleichbar waren.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerinnen beantragen in ihrer Beschwerde Einsicht in sämtliche Akten des Vergabeverfahrens.

E. 4.2

Das in anderen Bereichen des Verwaltungsrechts allgemein übliche Akteneinsichtsrecht muss bei Submissionsverfahren gegenüber dem Interesse der Anbieter an der vertraulichen Behandlung ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie des in den Offertunterlagen zum Ausdruck kommenden unternehmerischen Know-hows zurücktreten. Insbesondere besteht kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. d aBöB; Urteil des BGer 2P.226/2002 vom 20. Februar 2003 E. 2.2 m.H.; Urteil des BVGer B-3204/2020 vom 23. Dezember 2020 E. 5.1; Zwischenentscheid des BVGer B-3803/2010 vom 23. Juni 2010 E. 7.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1364). Wo einer Partei indessen keine Akteneinsicht erteilt wird, hat das Gericht sich von Amtes wegen zu vergewissern, dass die abgedeckten oder nicht herausgegebenen Dokumente keine Hinweise auf rechtsungleiche oder andere rechtsfehlerhafte Bewertungen durch die Vergabestelle verbergen (Urteil des BVGer B-3204/2020 vom 23. Dezember 2020 E. 5.1; Zwischenentscheid des BVGer B-3302/2019 vom 24. September 2019 E. 1.2).

E. 4.3

Dem Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerinnen wurde im Verlauf des Beschwerdeverfahrens teilweise entsprochen. Die Beschwerdeführerinnen erhielten mit Verfügung vom 22. Januar 2021 Einsicht in das Inhalts- und Beilagenverzeichnis des Evaluationsberichts sowie in die Beilagen D-2 bis D-4 (Evaluationsunterlagen betreffend die Eignungskriterien der Beschwerdeführerinnen, teilweise geschwärzt). Weiter enthielten die Beilagen zur Vernehmlassung unter anderem einen Auszug aus dem Evaluationsbericht, in dem sämtliche die Beschwerdeführerinnen betreffenden Angaben der Ziff. 3.3 des Berichts, "Prüfung der Eignungskriterien", ersichtlich sind.

E. 4.4

Im Übrigen konnte die Frage, ob das Angebot der Beschwerdeführerinnen aufgrund fehlender Eignung vom Verfahren ausgeschlossen werden durfte, vorliegend primär aufgrund der Ausschreibung, der Ausschreibungsunterlagen, des Angebots der Beschwerdeführerinnen, der Rechtsschriften und deren Beilagen beantwortet werden. Die Beschwerdeführenden haben nach Erhalt der soeben erwähnten Unterlagen denn auch keine zusätzliche Akteneinsicht mehr verlangt.

E. 5

Zusammenfassend ergibt sich, dass sich der Ausschluss aus dem Verfahren als rechtskonform erweist, womit eine Aufhebung des Ausschlusses und des Zuschlages sowie eine Rückweisung an die Vergabestelle zur Neuurteilung unter Berücksichtigung des Angebots der Beschwerdeführerinnen ausser Frage stehen. Gleiches gilt für die eventualiter beantragte Feststellung, die angefochtene Ausschlussverfügung sei rechtswidrig. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ergebnis ist das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

E. 6.1

Weil die Beschwerdeführerinnen im vorliegenden Verfahren 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. 37'000.- festgelegt.

E. 6.2

Den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die unter das aBöB fallende Vergabestelle hat praxismässig keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1443).

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