

BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010

Bundesverwaltungsgericht, 2010-11-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-6837_2010

FR: TAF B-6837/2010 du 16 novembre 2010

IT: TAF B-6837/2010 del 16 novembre 2010

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

Gegen Verfügungen über den Zuschlag in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i.V.m. Art. 29 lit. a BöB). Dabei entscheidet das Bundesverwaltungsgericht auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BöB). Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das BöB und das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 1.2

Nach Art. 39 Abs. 1 VGG entscheidet der zuständige Instruktionsrichter grundsätzlich selbständig über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBI 2001 4393). Aus den Materialien ist indessen nicht ersichtlich, dass Art. 39 Abs. 1 VGG als *lex specialis* zu Art. 55 Abs. 3 VwVG die dort vorgesehene Alternative des Entscheides durch den Spruchkörper ausschliessen will (BVGE 2007/13, nicht publizierte E. 1.3.2). Dies ist umso weniger anzunehmen, als die Beurteilung der aufschiebenden Wirkung in Dreierbesetzung keinen Rechtsnachteil für die Rechtsunterworfenen zur Folge hat (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 1.3 mit Hinweisen). Angesichts der in der Regel herausragenden Bedeutung des Entscheides über die aufschiebende Wirkung in Beschaffungssachen, insbesondere im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlages (Art. 22 Abs. 1 BöB; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 1. Bd., Zürich/Basel/Genf 2007, S. 413; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/CORINNE MAILLARD/NICOLAS MICHEL, *Droit des marchés publics*, Fribourg 2002, S. 131), wird die Beurteilung durch den Spruchkörper in der Hauptsache dem Grundgedanken der hinreichenden Legitimationsbasis von Entscheiden oft besser gerecht (BVGE 2007/13, nicht publizierte E. 1.3.2, Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 1.3 und B-743/2007 vom 31. Juli 2007 E. 1.4.2; grundsätzlich zustimmend: MARTIN BEYELER, *Baurecht* 2/2007, S. 86 ff.). Auch im vorliegenden Verfahren ist nach dem Gesagten der Antrag um Gewährung der aufschiebenden Wirkung durch den Spruchkörper zu beurteilen.

E. 2

Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukommt. Das Bundesverwaltungsgericht kann diese jedoch auf Gesuch hin erteilen (Art. 28 Abs. 2 BöB).

E. 2.1

Das BöB selbst nennt die Kriterien, welche beim Entscheid über die aufschiebende Wirkung zu berücksichtigen sind, nicht. Es können jedoch diejenigen Grundsätze übernommen werden, welche Rechtsprechung und Lehre zu Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist aufgrund einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, welche für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 117 V 185 E. 2b, 110 V 40 E. 5b, 106 Ib 115 E. 2a, 105 V 266 E. 2; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, N. 1802 f.; PIERRE MOOR, Droit administratif, Bd. II, 2. Aufl., Bern 2002, S. 680 f.). Die Behörde beschränkt sich dabei auf eine prima-facie-Beurteilung. Diese Überlegungen sind grundsätzlich auch im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens massgebend. Dass der Suspensiveffekt im BöB, anders als im VwVG, nicht von Gesetzes wegen gewährt wird, zeigt, dass sich der Gesetzgeber der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung für notwendig erachtete (BVGE2007/13 E. 2.1, Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 2.1, je mit Hinweisen).

E. 2.2

Im Falle eines Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung muss in einem ersten Schritt mittels einer prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage geprüft werden, ob die Beschwerde aufgrund der vorhandenen Akten als offensichtlich unbegründet erscheint. Trifft dies zu, so ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen diesbezüglich Zweifel, so ist aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu entscheiden. Dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheids kommt dabei erhebliches Gewicht zu (Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 2.2, B-7252/2007 vom 6. Februar 2008 E. 2.2 und B-5838/2007 vom 6. Dezember 2007 E. 3.3 mit Hinweisen). Einzubeziehen sind nach ständiger Praxis auch die Interessen der Beschwerdeführer sowie allfällige private Interessen Dritter, insbesondere der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten. Ausgangspunkt muss dabei die Gewährung wirksamen Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweisen; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3803/2010 vom 23. Juni 2010 E. 2 mit Hinweisen).

E. 2.9

43

E. 3.1

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde (bzw. vorliegend auf einen prozessualen Antrag) einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen; BVGE 2008/48,

nicht publizierte E. 1.2). Ist prima facie davon auszugehen, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann, dringt die Beschwerdeführerin mit prozessualen Anträgen von vornherein nicht durch (Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-4860/2010 vom 30. Juli 2010 E. 2 und B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2.2 i.V.m. E. 3.1).

E. 3.2

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

E. 3.3

Gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. c BöB i.V.m. Art. 1 lit. c der Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das zweite Semester des Jahres 2010 und das Jahr 2011 vom 11. Juni 2010 (SR 172.056.12) ist das BöB anwendbar, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Bauauftrags den Schwellenwert von 8.7 Millionen Franken erreicht. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin von rund 1.6 Mio. Franken sowie die übrigen eingereichten Angebote liegen nominell unter diesem Wert. Bei Lieferungen beträgt der Schwellenwert dagegen nur 230'000 Franken (Art. 1 lit. a der im vorangehenden Abschnitt genannten Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das zweite Semester des Jahres 2010 und das Jahr 2011). Ein Bauauftrag wird in Art. 5 Abs. 1 lit. c BöB umschrieben als Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziffer 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 des ÜöB. Nur solche Bauaufträge fallen in den Anwendungsbereich des Gesetzes. Nach dem in E. 3.2 hiavor Gesagten steht der Rechtsweg nur für dem Gesetz unterstehende Bauaufträge offen (vgl. in Bezug auf Dienstleistungen BVGE 2008/48 E. 2.3 und E. 4.9 mit Hinweisen sowie den Entscheid der BRK vom 30. November 2004, veröffentlicht in VPB 69.32, E. 1c/ee; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., N. 165).

E. 3.4

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

E. 3.5

35

E. 3.6

Die Vergabestelle erklärte in ihrer Vernehmlassung vom 5. Oktober 2010 (Ziff. 2), dass der vorliegende Bauauftrag Teil der Realisierung eines Bauwerkes sei, welches einen

Gesamtwert gemäss Art. 7 Abs. 2 BöB von ca. 120 Mio. Franken aufweise. Bei den Leistungen des zu vergebenden Auftrages handle es sich - grob umschrieben - um die Lieferung von Betriebs- und Sicherheitsanlagen (BSA), deren Einbau im ganzen Tunnel, Umbauarbeiten an bestehenden Anlagen und die Inbetriebnahme der Anlagen, insgesamt um Einrichtungsarbeiten von Installationen. Wäre anstelle des Schwellenwertes für Bauwerke derjenige für Lieferungen anwendbar, wäre dieser in jedem Fall erreicht. Somit kann, unabhängig davon, ob bei der hier zu beurteilenden Vergabe effektiv ein Bau- oder angesichts dessen, dass sie auch eine nicht ganz unbeträchtliche Lieferung einschliesst, ein gemischter Auftrag zur Diskussion steht, nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden, dass auf die Beschwerde nach Art. 27 Abs. 1 BöB einzutreten sein wird. Die prozessualen Anträge der Beschwerdeführerin, die zumindest prima facie die Voraussetzungen zur Beschwerdeführung (Art. 48 Abs. 1, 50 Abs. 1, 52 Abs. 1 und 63 Abs. 4 VwVG) erfüllt, können daher nicht bereits mit Blick auf die Eintretensfrage abgewiesen werden.

E. 4

= gute Erfüllung; qualitativ sehr gut

E. 4.1

Zur Untermauerung ihrer Rüge bringt die Beschwerdeführerin insbesondere vor, die Bewertungsregel des simap-Ausschreibungstextes, nach der die Subkriterien ganzzahlig hätten bewertet werden müssen, sei missachtet worden. Die in der Übersicht über die Auswertung enthaltenen Bewertungen der Subkriterien müssten zunächst auf ganze Zahlen gerundet und dann gewichtet werden, was zur Folge habe, dass ihr aufgrund der daraus resultierenden höheren Punktzahl der Zuschlag zu erteilen sei. Die Vergabestelle führe im Auswertungsbogen (Beilage 6 zur Vernehmlassung vom 14. Oktober 2010) auf den einzelnen Seiten jeweils unten links eine Tabelle "Bewertungskriterien" auf. Sie erkläre damit offensichtlich, nach welchen Gesichtspunkten sie die Noten verteilt habe. Eine solche Tabelle sei bereits im simap-Ausschreibungstext enthalten gewesen. Ein Vergleich der Tabellen zeige nun, dass die Vergabestelle sich die Freiheit genommen habe, die Gesichtspunkte, welche den Noten zugrunde gelegen hätten, gegenüber der Tabelle in der simap-Ausschreibung teilweise zu ändern. Die Gesichtspunkte änderten von Hauptkriterium zu Hauptkriterium in munterer Folge, und es würden neue Anforderungen eingeführt. Das Hauptkriterium "Terminprogramm" enthalte zwar drei Subkriterien; diese seien in der simap-Ausschreibung jedoch nicht gewichtet worden; eine - ungleiche - Gewichtung (5 %, 3 %, 2 %) habe die Vergabestelle erst während des Bewertungsverfahrens eingeführt, wie sich aus Tabelle 6 ergebe. Schliesslich führe der simap-Ausschreibungstext teilweise eine dritte Ebene von Zuschlagskriterien ein, nämlich Subsubkriterien; der simap-Ausschreibungstext bezeichne diese dritte Kriterienebene beim Hauptkriterium "Qualifikation Schlüsselpersonen" als "Bewertungskriterien". Eine Ausnahme mache wiederum das Hauptkriterium "Terminprogramm"; dieses weise überhaupt keine Subsubkriterien auf. Die Tabelle 6 führe aber überhaupt keine Noten zu den Subkriterien auf. Mit ganzen Noten bewertet würden gemäss dieser Tabelle vielmehr die Subsubkriterien, entgegen der anwendbaren Bewertungsregel. Die tatsächliche, gewichtete Benotung der Subkriterien ergebe sich hingegen aus der den Anbieterinnen zusammen mit dem Zuschlagsentscheid am 1. Oktober 2010 abgegebenen "Übersicht der Auswertung". Diese enthalte entgegen den Behauptungen der Vergabestelle keinen Fehler, sondern gebe das Resultat der tatsächlich erfolgten Bewertung wieder, das aufgrund der

(teilweise neu und unterschiedlich) gewichteten ganzzahligen Benotung der Subsubkriterien zu einer Benotung der Subkriterien mit Dezimalstellen geführt habe. Beim Subkriterium "Auftragsanalyse" unter dem Hauptkriterium "technische Leistungsfähigkeit" habe die Vergabestelle eine ungleiche Gewichtung der vier Subsubkriterien eingeführt (5 %, 5 %, 3 % und 2 %). Weder die Gewichtung an sich noch deren Ungleichheit seien in der simap-Ausschreibung enthalten gewesen. Hätte die Beschwerdeführerin davon Kenntnis gehabt, hätte sie ihre Offerte gezielt darauf ausrichten können. Ferner erreiche bei diesem Kriterium gemäss Tabelle "Bewertungskriterien" dasjenige Angebot die Note fünf, welches unter anderem "neue Kernpunkte aufzeigt, die für das Projekt von grosser Bedeutung sind". Dies sei eine unzulässige neue Anforderung, die aus der simap-Ausschreibung nicht ersichtlich gewesen sei. Der durch die Vergabestelle eingeführte Begriff der "detailreichen Beschreibung" sei im simap-Ausschreibungstext nicht gefordert gewesen. Die entsprechende Anforderung habe die Vergabestelle in der Tabelle "Bewertungskriterien" neu formuliert. Die Vergabestelle habe sich nicht einmal an die von ihr neu eingeführte Bewertungsskala gehalten. Sie habe den Grundsatz der Transparenz massiv verletzt. Qualitäten des Angebots der Zuschlagsempfängerin seien zu neuen Anforderungen im Rahmen der "Bewertungskriterien" für die Notengebung formuliert, und der Zuschlagsempfängerin seien die Höchstnoten und -punktzahlen zugesprochen worden. Das Subsubkriterium "vergleichbare Technologie" des Hauptkriteriums "Referenz Schlüsselpersonal" führe zwei im simap-Ausschreibungstext nicht enthaltene Subsubsubkriterien auf. Interessant sei dabei, dass die "Lieferung, Montage und Parametrisierung von FU (Frequenzumrichter)" gefordert werde. Zumindest diese Anforderung stamme aus den Ausschreibungsunterlagen, welche die Vergabestelle als nicht massgebend qualifiziere, aber im Bewertungsverfahren offenbar dennoch berücksichtigt habe. Beim Hauptkriterium "Terminprogramm" habe die Vergabestelle erneut eine im simap-Ausschreibungstext nicht enthaltene Gewichtung, diesmal auf der Ebene der drei Subkriterien, eingeführt; ausserdem sei diese Gewichtung ungleich (5 %, 3 %, 2 %). Es falle ferner auf, dass die Tabelle "Bewertungskriterien" hier vorsehe, dass die Note 4 dasjenige Angebot erhalte, welches unter anderem einen hohen "Detaillierungsgrad bei der Aktivitätenplanung" enthalte. Diese Anforderung sei im simap-Ausschreibungstext nicht vorgesehen.

E. 4.2

Die Vergabestelle widerspricht in ihren Vernehmlassungen den Vorbringen der Beschwerdeführerin vollumfänglich. Dabei erklärt sie, die in der Vernehmlassung vom 5. Oktober 2010 zitierte Beurteilungsmatrix (Beilage 6) zeige deutlich auf, dass die Bewertung immer mit Noten zwischen 0 und 5 erfolgt sei. Mögliche Auswirkungen dieser Regel würden im Schlusssatz beschrieben, welchem auch zu entnehmen sei, wie mit allfälligen Dezimalstellen, sollte es sie denn geben, umgegangen werde. Die Bewertung sei deshalb ihrer Ansicht nach auf die publizierte Art und Weise erfolgt. Selbst wenn sie auf eine detaillierte Bewertung der Subkriterien verzichtet hätte, würde das entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht zu Aufrundungen, sondern wieder zu ganzen Noten und im Ergebnis zum gleichen Resultat führen. Die Beschwerdeführerin käme nicht auf den ersten Rang, sondern würde verglichen mit der Zuschlagsempfängerin noch schlechter dastehen, weil eine gröbere Prüfung grössere Punkteunterschiede zur Folge habe. Selbst wenn man der Meinung sei, es handle sich hier um Subsubkriterien, sei festzuhalten, dass aus dem Schlusssatz der publizierten Bewertungskriterien nicht geschlossen werden könne, dass die Vergabestelle nur Subkriterien und nicht auch Subsubkriterien habe aufstellen

dürfen. Kernaussage dieses Schlusssatzes sei vielmehr, dass die Hauptkriterien trotz grundsätzlicher Notengebung von 0 bis 5 mit Dezimalstellen benotet werden könnten, wobei auf die erste Dezimalstelle nach dem Komma gerundet werde. Die Beschwerdeführerin sei der Ansicht, dass die in der anonymisierten Übersicht über die Auswertung enthaltenen Bewertungen Noten seien, dass diese auf ganze Zahlen zu runden und dann zu gewichten seien. Sie, die Vergabestelle, teile diese Auffassung nicht. Die referenzierten Bewertungen seien Punkte; die Dezimalzahl sei nichts anderes als eine Umrechnung der 48 Punkte, damit die Tabelle bei einer Gewichtung von 10 % auf dem Säulendiagramm auch tatsächlich die 48 Punkte erzeuge. Exemplarisch für alle übrigen Zuschlagskriterien sei am Beispiel des Subkriteriums "Projektleiter" aufgezeigt, dass es sich nicht wie von der Beschwerdeführerin angenommen ("Teilnoten 4+5+5+5+5 = 24 (Gesamtnote) : 5 (Anzahl der Subsubkriterien) = 4.8 (gewichteter Notendurchschnitt ...)") verhalte. Vielmehr habe sie jede Note mit der Gewichtung multipliziert, was bei der Offerte der Beschwerdeführerin vier Mal zu 10 Punkten und ein Mal zu 8 Punkten, insgesamt zu 48 Punkten, geführt habe. Für eine Aufrundung bestehe somit kein Grund, da ganze Noten verteilt worden seien. Zum Vorwurf der Einführung neuer Bewertungskriterien sei angefügt, dass die Vergabestelle bei der Beurteilung der Offerten aufgrund der Zuschlagskriterien ein grosses Ermessen geniesse, in welches das Gericht nur mit grösster Zurückhaltung eingreife. Die Bewertungskriterien in Beilage 6 (jeweils links unten auf der Seite) seien, wie dies die Beschwerdeführerin richtig erkenne, Gesichtspunkte, wie die Noten zu verteilen seien. Die Vergabestelle habe diese Kriterien mit Blick auf die Evaluation erstellt, logischerweise unterschiedlich je nach Zuschlagskriterium ausgestaltet. Es könne deshalb nicht von neuen Anforderungen gesprochen werden. Schliesslich weist die Vergabestelle darauf hin, dass sie nach Art. 21 Abs. 2 BöB zwar gehalten sei, die Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufzuführen, dass sie aber nicht verpflichtet sei, sämtliche Gewichtungen im Einzelnen und detailliert zu publizieren. Soweit sie zudem für die Beurteilung der eingegangenen Offerten (interne) Bewertungskriterien anwende, dienten solche lediglich der Sicherstellung der Gleichbehandlung der Angebote durch die verschiedenen am Evaluationsprozess beteiligten Personen und müssten ebenfalls nicht publiziert werden.

E. 4.3

65 Systembe- schreibung

E. 4.3.1

Nach dem Transparenzgebot hat die Vergabestelle sämtliche Zuschlagskriterien, die sie bei der Evaluation der Angebote in Betracht zu ziehen beabsichtigt, vorgängig in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufzuführen (vgl. Art. 21 Abs. 2 BöB sowie Ziff. 6 des Anhangs 5 zur VöB); zumindest muss sie das relative Gewicht, welches sie jedem dieser Kriterien beimisst, zum Voraus deutlich präzisieren und bekanntgeben (BGE 130 I 241 E. 5.1; Entscheid der BRK vom 18. Mai 2006, BRK 2005-025, E. 3a/aa, unter Hinweis auf BGE 125 II 86 (E. 7c) sowie den Entscheid der BRK vom 15. Juni 2004, BRK 2003-032, E. 3a). Könnte die Vergabestelle die relative Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien nämlich erst nachträglich, in Kenntnis der eingegangenen Offerten, festsetzen, so bestünde die Gefahr der Manipulation bzw. der Begünstigung eines bestimmten Anbieters (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.3 mit Hinweisen).

E. 4.3.2

Die Vergabebehörde ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 1 Abs. 2 BöB). So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu verändern (Entscheid der BRK vom 6. Juni 2006, BRK 2005-024, E. 3b). Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.4; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3311/2009 vom 16. Juli 2009 E. 5.2, mit Hinweis auf den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 4.1; Entscheid der BRK vom 18. Mai 2006, BRK 2005-025, E. 3a/aa, unter Hinweis auf den Entscheid der BRK vom 3. September 1999, BRK 1999-006, veröffentlicht in VPB 64.30, E. 3c; Entscheid der BRK vom 5. Juli 2001, BRK 2001-003, veröffentlicht in VPB 65.94, E. 6a).

E. 4.3.3

Die Auftraggeberin bricht das Verfahren ab, wenn sie das Projekt nicht verwirklicht (Art. 30 Abs. 1 VöB). Sie kann das Vergabeverfahren abrechnen oder wiederholen, wenn (a) kein Angebot die Kriterien und technischen Anforderungen erfüllt, die in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt sind bzw. (b) günstigere Angebote zu erwarten sind, weil technische Rahmenbedingungen ändern oder Wettbewerbsverzerrungen wegfallen (Art. 30 Abs. 2 VöB). Sie kann ein neues Vergabeverfahren durchführen, wenn sie das Projekt wesentlich ändert (Art. 30 Abs. 3 VöB).

E. 4.3.4

Wenn die Vergabestelle Subkriterien festlegt, welche sie zu verwenden gedenkt, muss sie diese unter Nennung ihrer jeweiligen Gewichtung den Offerenten ebenfalls im Voraus mitteilen. In jedem Fall verbietet es das Transparenzprinzip, die Zuschlagskriterien nach der Einreichung der Angebote wesentlich zu ändern. Allerdings verlangt es grundsätzlich nicht auch die vorgängige Bekanntgabe von Unterkriterien oder Kategorien, welche einzig dazu dienen, ein publiziertes Kriterium zu konkretisieren, jedenfalls soweit sie nicht über das hinausgehen, was gemeinhin zur Definition des betreffenden Hauptkriteriums angeführt wird oder soweit ihnen die Vergabestelle nicht eine überragende Bedeutung verleiht und ihnen eine Rolle zuschreibt, welche derjenigen eines Hauptkriteriums entspricht (BGE 130 I 241 E. 5.1). Ebensowenig müssen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ein einfaches Evaluationsraster oder andere Hilfsmittel, welche dazu bestimmt sind, die verwendeten Kriterien und Subkriterien festzuhalten (beispielsweise eine Notenskala oder eine Kalkulationsmatrix), den Anbietenden notwendigerweise im Voraus bekanntgegeben werden, unter Vorbehalt des Missbrauchs oder der Überschreitung des Ermessens. Ob die im konkreten Fall angewandten Kriterien einem publizierten Kriterium inhärent sind oder aus einem Evaluationsraster hervorgehen, so dass das Transparenzprinzip nach bundesgerichtlicher Praxis keine vorgängige Bekanntgabe verlangt, ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände, welche die betreffende Vergabe charakterisieren, darunter die Ausschreibungsdokumentation, insbesondere das Pflichtenheft und die Vergabebedingungen (BGE 130 I 241 E. 5.1). Im Übrigen sind die Zuschlagskriterien - ebenso wie die Eignungskriterien - laut Doktrin nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., N. 534). Hinsichtlich der Vorgaben zur Publikation von Sub- und Teilkriterien, Evaluationsrastern und Hilfsmitteln zur Darstellung

der verwendeten Kriterien bzw. Subkriterien lässt die Rechtsprechung der BRK und jedenfalls partiell auch diejenige des Bundesverwaltungsgerichts eine strengere Auffassung erkennen (siehe etwa das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.1 mit Hinweisen; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4860/2010 vom 30. Juli 2010 E. 4.2 mit Hinweisen).

E. 4.3.5

Entsprechend dem Grundsatz der Transparenz muss ferner die Prüfung der Offerten aufgrund der Zuschlagskriterien (Art. 25 VöB) durch die Vergabestelle dokumentiert werden und nachvollziehbar sein (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.5; Entscheid der BRK vom 15. Juni 2004, BRK 2003-032, E. 3b mit Hinweisen).

E. 4.3.6

Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4717/2010 vom 23. September 2010 E. 6.2; vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3311/2009 vom 16. Juli 2009 E. 6.2 mit Hinweisen). Dies entspricht einerseits dem Zweck von Art. 31 BöB (vgl. dazu E. 1.1 hiervor) und andererseits dem Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots, wie er in Art. 21 Abs. 1 BöB als massgebend bezeichnet wird.

E. 4.3.7

Das Transparenzgebot ist formeller Natur; wurde es verletzt, so ist der angefochtene Entscheid grundsätzlich auch dann aufzuheben, wenn eine Kausalbeziehung zwischen Verfahrensfehler und Zuschlagserteilung fehlt bzw. nicht dargetan ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 6.1; Entscheid der BRK vom 18. Mai 2006, BRK 2005-025, E. 3a/aa mit Hinweisen; vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.299/2000 vom 24. August 2001 E. 4, wonach der Zuschlagsentscheid regelmässig dann nicht aufrechterhalten werden kann, wenn den Bewerbern entscheidende Zuschlagskriterien vorenthalten bzw. wenn solche nachträglich, d.h. während des hängigen Verfahrens, massgeblich verändert worden sind).

E. 4.4

44 technische Leistungs- fähigkeit 30 88 110 Auftrags- analyse

E. 4.4.1

Gemäss Ausschreibung vom 12. April 2010 galten für die Vergabe die nachfolgend zitierten Zuschlagskriterien, Gewichtungen und Bewertungsregeln: PREIS: Gewichtung 40 % QUALIFIKATION SCHLÜSSELPERSONEN (Gewichtung 20 %), unterteilt in: -Projektleiter Gewichtung 10 % -Bauleiter Gewichtung 10 % Bewertungskriterien für beide Schlüsselpersonen: Person hat in der Funktion, in den letzten 5 Jahren, Projekterfahrung in Projekten, die folgende Merkmale aufweisen: -vergleichbare Technologie -vergleichbares Anlagekonzept -vergleichbarer Umfang -vergleichbare Dauer -Deutschkenntnis in Sprache und Schrift TECHNISCHE LEISTUNGSFÄHIGKEIT (Gewichtung 30 %), unterteilt in: Auftragsanalyse (Gewichtung 15 %): -Beschrieb des Umfangs des Projektes inkl. organisatorische Nahtstellen zu Drittlosen, vergleichbare Technologie -technische Lösungsansätze mit Systemarchitekturplänen, vergleichbarer Umfang -volumfänglicher

Beschrieb der Funktionalität des offerierten Systems -Beschrieb von Projektrisiken
Systembeschreibung (Gewichtung 15 %) -Beschrieb der verwendeten Produkte -alle
technischen Datenblätter und Pläne sind in deutscher Sprache, wo möglich -vollumfänglich
ausgefüllte Anforderungsliste TERMINPROGRAMM (Gewichtung 10 %) -Einhaltung der
zwingenden Meilensteine FAT, SAT und Probetrieb -Bauablauf, Ressourcenplanung und
Logistikkonzept -flankierende Massnahmen zur Risikominimierung PREISBEWERTUNG
Das tiefste bereinigte Angebot erhält die maximale Punktzahl von 5 Punkten. Angebote,
deren Preis 50 % oder mehr über dem tiefsten Angebot liegen, erhalten 0 Punkte.
Dazwischen erfolgt die Bewertung linear. BEWERTUNG DER ÜBRIGEN
ZUSCHLAGSKRITERIEN 0 = nicht beurteilbar; keine Angabe 1 = sehr schlechte
Erfüllung; ungenügende, unvollständige Angaben 2 = schlechte Erfüllung; Angaben ohne
ausreichenden Projektbezug 3 = normale, durchschnittliche Erfüllung; durchschnittliche
Qualität, den Anforderungen der Ausschreibung entsprechend

E. 4.4.2

Die Ausschreibungsunterlagen ("Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Bauaufträge")
lassen in mehrfacher Hinsicht Abweichungen vom soeben dargestellten
simap-Ausschreibungstext erkennen. So werden die Gewichtungen der Subkriterien unter
den Hauptkriterien "Qualifikation Schlüsselpersonen" sowie "technische
Leistungsfähigkeit" in den Ausschreibungsbedingungen mit je 50 % angegeben, im
Ausschreibungstext aber beim Hauptkriterium "Qualifikation Schlüsselpersonen" mit je 10
% und beim Hauptkriterium "technische Leistungsfähigkeit" mit je 15 %. Ferner zeigen
sich Abweichungen beim Stichwort "Bewertung". Im Unterschied zur Ausschreibung ("Die
Bewertung erfolgt immer mit Noten von 0 bis 5"), halten die Ausschreibungsbedingungen
fest: "Die Bewertung erfolgt immer mit ganzen Punkten von 0 bis 5". Übereinstimmend
definiert wird in der Folge nur die Note 0. Die Note 1 wird in der Ausschreibung mit "sehr
schlechte Erfüllung" definiert, in den Ausschreibungsbedingungen hingegen, wiederum
bezogen auf die Erfüllung, mit "schlecht". Bei der Note 2 hält die Ausschreibung "schlechte
Erfüllung; Angaben ohne ausreichenden Projektbezug" fest, die
Ausschreibungsbedingungen aber "ungenügend; Angaben ohne Bezug zum Projekt /
lückenhafte Erfüllung der Anforderungen". Die Note 3 bedeutet gemäss Ausschreibung
"normale, durchschnittliche Erfüllung; durchschnittliche Qualität, den Anforderungen der
Ausschreibung entsprechend", gemäss Ausschreibungsbedingungen dagegen "genügend,
erfüllt Minimalanforderungen". Mit der Note 4 bezeichnet die Vergabestelle laut
Ausschreibung eine "gute Erfüllung; qualitativ sehr gut", laut Ausschreibungsbedingungen
jedoch ein Angebot, das "gut, über Minimalanforderungen" ist. Die Note 5 schliesslich
meint der Ausschreibung zufolge "sehr gute Erfüllung; qualitativ ausgezeichnet, sehr
grosser Beitrag zur Zielerreichung", gemäss Ausschreibungsbedingungen "sehr gut,
qualitativ ausgezeichnet, hohe Innovation". Die Ausschreibungsunterlagen bzw.
Ausschreibungsbedingungen weichen auch hinsichtlich der Formulierung des ersten Satzes
der Bewertungsregel vom simap-Ausschreibungstext ab, indem sie Folgendes festhalten:
"Sofern ein Hauptkriterium aus Subkriterien besteht, ermittelt sich die Gesamtnote des
Hauptkriteriums aus dem Durchschnitt der Bewertung der einzelnen Subkriterien."
Demgegenüber lautet die entsprechende Regel gemäss Ausschreibung wie folgt: "Sofern
ein Hauptkriterium aus Subkriterien besteht, ermittelt sich die Gesamtpunktzahl des
Hauptkriteriums aus dem gewichteten Durchschnitt der einzelnen Subkriterien." Während
die Ausschreibung also von "Gesamtpunktzahl" spricht, findet sich in den
Ausschreibungsbedingungen der Ausdruck "Gesamtnote". Darüber hinaus ist in der

Ausschreibung mit Bezug auf die einzelnen Subkriterien vom "gewichteten Durchschnitt", in den Ausschreibungsunterlagen aber vom "Durchschnitt der Bewertungen" die Rede. Weitere Divergenzen offenbaren sich in der Formulierung der Preisbewertungsregel. Hier fällt namentlich ins Auge, dass die Ausschreibung bestimmt, "Angebote, deren Preis 50 % oder mehr über dem tiefsten Angebot liegen" erhielten 0 Punkte, wogegen die Ausschreibungsunterlagen statuieren, dass ein "Angebot > 50 % über dem tiefsten Angebot" 0 Punkte erhalte. Nach der Ausschreibung würde also schon eine geringere Preisdifferenz zu einer Punktzahl von 0 führen.

E. 4.4.3

Im Vergleich zur Ausschreibung enthält auch die Evaluationstabelle (Beilage 6 zur Vernehmlassung der Vergabestelle vom 5. Oktober 2010) Abweichungen. Zunächst einmal operiert sie mit Punktzahlen, nicht mit Noten. Sodann führt sie bei den (Haupt-) Zuschlagskriterien "technische Leistungsfähigkeit" sowie "Terminprogramm" Gewichtungen für die Sub- bzw. Subsubkriterien ein, welche weder in der Ausschreibung enthalten noch einheitlich sind. Für die vier Subsubkriterien des Subkriteriums "Auftragsanalyse" unter dem Hauptkriterium "technische Leistungsfähigkeit" etwa nennt sie Gewichtungen von zweimal 5 %, einmal 3 % und einmal 2 % (in dieser Reihenfolge). Beim Hauptkriterium "Terminprogramm" finden sich in der Evaluationstabelle Gewichtungen der Subkriterien von 5 %, 3 % und 2 %. Auf der anderen Seite wurden in dieser Tabelle wiederum ohne entsprechende Nennung in der Ausschreibung - auch Gewichtungen von Subsubkriterien verwendet, welche für alle dieser Kriterien gleich sind, beispielsweise je 2 % für die fünf Subsubkriterien des Subkriteriums "Projektleiter" des Hauptkriteriums "Referenz Schlüsselpersonal" oder je 5 % für die drei Subsubkriterien des Subkriteriums "Systembeschreibung" beim Hauptkriterium "technische Leistungsfähigkeit". Ausserdem werden in der Evaluationstabelle bei den einzelnen Zuschlagskriterien (Haupt- oder Subkriterien) unten links jeweils Bewertungskriterien für die Vergabe von Punktzahlen von 0 bis 5 angeführt. Die entsprechenden Erläuterungen stimmen allerdings nicht mit denjenigen der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen überein.

E. 4.4.4

In der Tabelle "Anonymisierte Übersicht der Auswertung", welche das ASTRA den Offerenten mit Begleitschreiben vom 1. September 2010 zustellte, präsentiert sich die Auswertung der Angebote der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin folgendermassen: Gew. in % Beschwerde- führerin Zuschlags- empfängerin Bewert. Pkte. Bewert. Pkte. Preis 40 200 172 berein. Ang. 40

E. 4.5

Aus den Akten ergibt sich, wie vorangehend dargelegt, dass bezüglich der Zuschlagskriterien, der Umschreibung der Bewertung derselben sowie der Angaben zu deren Gewichtung zwischen der Ausschreibung auf simap.ch, den Ausschreibungsunterlagen und den Angaben in der Tabelle 6 effektiv gewisse Unterschiede bestehen. Bei erster, vorläufiger Beurteilung lässt sich nicht ausschliessen, dass diese über eine (blosse) Konkretisierung der übergeordneten bzw. ausgeschriebenen Kriterien hinausgehen. So erscheint es etwa prima facie unklar, was das ASTRA mit dem Ausdruck "neue Kernpunkte, die für das Projekt von grosser Bedeutung sind" in den Bewertungskriterien beim Subkriterium "Auftragsanalyse" des Hauptzuschlagskriteriums

"technische Leistungsfähigkeit" genau meint. Möchte die Vergabestelle nämlich effektiv neue "Kernpunkte, die für das Projekt von grosser Bedeutung sind" und die das Projekt wesentlich ändern, berücksichtigen, müsste sie sich überlegen, ob sie das Verfahren - sofern die Voraussetzungen dafür erfüllt sind - nicht abbrechen und ein neues Vergabeverfahren durchführen sollte (vgl. Art. 30 Abs. 3 VöB). Vorliegend gälte dies umso eher, als die Vergabestelle in ihrer Ausschreibung Varianten ausdrücklich ausschloss. Ob prima facie davon auszugehen ist, dass die weiteren vorangehend dargestellten Unterschiede, für sich allein betrachtet, ebenfalls zu einer Gutheissung der Beschwerde führen könnten, kann indessen ebenso offen gelassen werden wie die Frage, ob dies allein auf Grund der zumindest auf den ersten Blick unterschiedlichen und dadurch nicht ohne Weiteres nachvollziehbaren Bewertung in der anonymisierten Übersicht der Auswertung und der Tabelle 6 geschehen müsste. Unterzieht man die erwähnten Auffälligkeiten einer Gesamtbetrachtung, so kann im vorliegenden Fall nämlich prima facie nicht ausgeschlossen werden, dass die verschiedenen, jedenfalls auf den ersten Blick bestehenden Unterschiede und Unstimmigkeiten insgesamt zur Annahme einer Verletzung des Transparenzgebotes führen könnten. Die Beschwerdeführerin weist, wie vorangehend erwähnt, weiter und zu Recht auch auf die unterschiedlichen Gewichtungen innerhalb der Sub- und Subsubkriterien bei den (Haupt-) Zuschlagskriterien "technische Leistungsfähigkeit" sowie "Terminprogramm" hin. Diese Gewichtungen finden sich in der detaillierten Evaluationstabelle (Beilage 6 zur Vernehmlassung der Vergabestelle vom 5. Oktober 2010), nicht jedoch in der Ausschreibung vom 12. April 2010 oder in den abgegebenen Ausschreibungsunterlagen. Auch das Subkriterium "Systembeschreibung" unter dem Hauptkriterium "technische Leistungsfähigkeit" enthält gemäss Ausschreibung drei dort nicht (ausdrücklich) gewichtete Subsubkriterien, welche erst in der Evaluationstabelle mit Gewichtungen, hier allerdings einheitlichen (je 5 %), versehen wurden. Analoges gilt für die fünf "Merkmale" bzw. "Bewertungskriterien" für beide Schlüsselpersonen beim Hauptkriterium "Qualifikation Schlüsselpersonen", welche (erst) im Rahmen der Evaluation mit je 2 % gewichtet wurden. Dass die Vergabestelle mit dieser uneinheitlichen Gewichtung der Sub- und Subsubkriterien, welche bei vorläufiger Würdigung nach dem Vertrauensprinzip kaum zu erahnen war, gegen das Transparenzgebot verstossen hat, lässt sich daher, zumindest wenn der eher strengen Rechtsprechung der ehemaligen Rekurskommission gefolgt wird (vgl. vorangehende E. 4.3.3.), prima facie ebenfalls nicht ausschliessen. In Anbetracht dessen erscheint die Beschwerde bei erster, vorläufiger Beurteilung aufgrund der vorhandenen Akten nicht als offensichtlich unbegründet. Daher ist nun mittels einer Interessenabwägung über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu befinden. 5. Zur Interessenabwägung äusserte sich im Beschwerdeverfahren weder die Vergabestelle noch die Beschwerdeführerin. Unter Ziff. 2.5 ("detaillierter Projektbeschrieb") der Ausschreibung vom 12. April 2010 hatte die Vergabestelle Folgendes festgehalten: "Im Rahmen der Sanierungsarbeiten Tunnelsicherheit BTB muss die bestehende Lüftungssteuerung vollständig abgelöst werden, der Support der bestehenden Lüftungssteuerung ist aufgrund des Alters und teilweise fehlenden Ersatzteilen nicht mehr vollständig gewährleistet." Zur bestehenden Lüftungssteuerung führte sie in den Ausschreibungsunterlagen (5.3.0 "Lastenheft-02, Projektbeschrieb und allgemeine Anforderungen", Ziff. 1.3.1.2) aus: "Auf Grund fehlender Ersatzteile (auf dem Markt nicht mehr erhältliche) und dem Umstand, dass weder von der Herstellerfirma noch von anderen Steuerungslieferanten Wartungsarbeiten gemacht werden können (fehlendes Material und fehlendes Know-how), ist die Betriebssicherheit der gesamten SPS-Anlage in einem absolut

kritischen Zustand." In ihren Vernehmlassungen an das Bundesverwaltungsgericht macht die Vergabestelle jedoch keine Dringlichkeit des hier zu beurteilenden Beschaffungsvorhabens geltend. Weder behauptet sie eine solche, noch führt sie konkrete Anhaltspunkte ins Feld, welche dahingehend verstanden werden könnten. Gegen Dringlichkeit spricht insbesondere auch der Ablauf des Ausschreibungsverfahrens. Die Ausschreibung des auf simap.ch erfolgte am 12. April 2010, wobei die Frist für die Einreichung der Angebote auf den 24. Mai 2010 festgesetzt wurde. Am 14. Mai 2010 publizierte die Vergabestelle auf simap.ch eine Berichtigung, worin sie diese Frist bis zum 31. Mai 2010 erstreckte. Zwischen dem Ablauf der Offerteinreichungsfrist und der Veröffentlichung des Zuschlagsentscheids vom 23. August 2010 am 1. September 2010 verstrichen drei Monate. Überdies musste die Vergabestelle auch die Möglichkeit einkalkulieren, dass gegen ihren Zuschlagsentscheid ein Rechtsmittel ergriffen werden könnte, was weitere Zeit bis zum Beginn der Projektausführung in Anspruch nehmen würde. Vor diesem Hintergrund sowie auch in Anbetracht dessen, dass für das Bundesverwaltungsgericht aufgrund der Parteivorbringen prima facie nicht ersichtlich ist, inwiefern hier das Postulat der Gewährung wirksamen Rechtsschutzes hintan zu stellen wäre, ist der Beschwerde die von der Beschwerdeführerin beantragte aufschiebende Wirkung zu erteilen. 6. Über das ergänzende Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin vom 26. Oktober 2010 und über das weitere Vorgehen ist zu einem späteren Zeitpunkt zu entscheiden. 7. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheides ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden.

E. 4.8

48 Punkte Total 419 422 Rang 2 1

E. 5

200

E. 15

3 45 3 45 Termin- programm 10 35 48 10

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