

BVGer B-7208/2014 vom 13. März 2016

Bundesverwaltungsgericht, 2016-03-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-7208_2014_d20160313

FR: TAF B-7208/2014 du 13 mars 2016

IT: TAF B-7208/2014 del 13 marzo 2016

Erwägungen

E. 1

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der anhängig gemachten Beschwerde zuständig, so entscheidet es auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Art. 28 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]).

E. 1.1

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlages, der in den Anwendungsbereich des BöB fällt (vgl. Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB). Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1, mit Hinweisen). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist. Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB). Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c BöB bedeutet der Begriff "Bauftrag" einen Vertrag über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziff. 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 GPA. Die ausgeschriebenen Arbeiten umfassen den Ersatz von Hochspannungsschutzeinrichtungen im Gotthardstrassentunnel zwischen der Lüftungszentrale Göschenen und der Lüftungszentrale Airolo mit Abzweigungen von den fünf unterirdischen Tunnelzentralen bis zu den Schachtköpfen. Dieses Projekt stellt unbestrittenermassen einen Bauauftrag dar (vgl. Ausschreibung Ziff. 1.8). Die Beschaffung fällt damit gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 BöB in den Anwendungsbereich des BöB. Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 1 Bst. c der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 (SR 172.056.12) beträgt der Schwellenwert für Bauwerke Fr. 8,7 Mio. Vergibt die Auftraggeberin für die Realisierung eines Bauwerks mehrere Bauaufträge, so ist deren Gesamtwert massgebend (vgl. Art. 7 Abs. 2 BöB). Die Beschwerdeführerinnen legen dar, dass zwar der Preis des berücksichtigten Angebots mit Fr. 6'479'163.10 unter dem massgebenden Schwellenwert gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB liege, dass indessen das Projekt Hochspannungsanlagen

Los 2 Teil eines grösseren Gesamtprojekts mit einem Gesamtwert von fast 10 Mio. Franken sei. Der massgebende Schwellenwert sei damit erreicht. Die Vergabestelle ihrerseits äussert sich weder in ihrer Vernehmlassung noch in ihrer Duplik zu dieser Frage, hatte aber ihrer Zuschlagsverfügung eine Rechtsmittelbelehrung angefügt, welche eine Überschreitung des massgeblichen Schwellenwerts impliziert. In sachverhaltlicher Hinsicht ist daher als unbestritten anzunehmen, dass der Beschaffungsgegenstand Teil eines grösseren Gesamtprojekts über dem massgeblichen Schwellenwert ist. Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 BöB vorliegt, fällt die vorliegend angefochtene Beschaffung in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

E. 1.2

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 1.2, mit Hinweisen; vgl. dazu neuerdings PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1340, mit Hinweisen).

E. 2

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

E. 3

Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). Das BöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (vgl. BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1, mit Hinweisen). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1, mit Hinweisen). Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der

Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerinnen an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB; SR 172.056.4) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1, mit Hinweisen; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei - insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2, mit Hinweisen; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1341).

E. 4

Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist legitimiert, wer seinen Ausschluss vom Verfahren anfecht (vgl. das zur Publikation vorgesehene Urteil des BGer 2C_380/2014 vom 15. September 2014 E. 4.1, mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerinnen bilden gemeinsam die Arbeitsgemeinschaft X. _____ -Y. _____ -Z. _____ und sind als Gesellschafter der mit Verfügung vom 21. November 2014 ausgeschlossenen Anbieterin im Sinne von Art. 48 VwVG zur Beschwerde legitimiert. Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 30 BöB 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). Die Eintretensvoraussetzungen sind daher im vorliegenden Fall offensichtlich erfüllt.

E. 5

In materieller Hinsicht macht die Vergabestelle insbesondere geltend, die Beschwerdeführerinnen erfüllten das in der Ausschreibung verlangte Eignungskriterien EK 1 "technische Leistungsfähigkeit" und EK 3 "Erfahrung Schlüsselperson" (EK 3.1.2 Bauleiter) nicht. Aufgrund der Einreichung von den Anforderungen nicht genügenden Referenzprojekten hätten die Beschwerdeführerinnen vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen. Die Beschwerdeführerinnen dagegen bestreiten, ihre Eignung nicht ausreichend nachgewiesen zu haben.

E. 5.1

Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Die Eignung ist gegeben, wenn sichergestellt ist, dass der konkrete Anbietende den Auftrag in finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfüllen kann (vgl. Art. 9 Abs. 1 BÖB). Fehlende Eignung bzw. das Nichterfüllen der Eignungskriterien führt zum Ausschluss vom Verfahren. Art. 9 Abs. 1 BÖB lautet: "Die Auftraggeberin kann die Anbieter und Anbieterinnen auffordern, einen Nachweis ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Sie stellt dazu Eignungskriterien auf." Als Nachweis in diesem Sinn gelten Referenzen, bei welchen die Auftraggeberin die ordnungsgemässe Erbringung dieser Leistungen überprüfen und insbesondere folgende Auskünfte einholen kann: Wert der Leistung; Zeit und Ort der Leistungserbringung; Stellungnahme (der damaligen Auftraggeberin), ob die Leistung den anerkannten Regeln der Technik entsprach und ob sie ordnungsgemäss erbracht wurde (vgl. Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 [VöB, SR 172.056.11], Anhang 3 Ziff. 8).

E. 5.2

Eignungskriterien dienen somit dazu, den Nachweis der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit der Anbieter zu erbringen. Die Nichterfüllung der Eignungskriterien führt zum Ausschluss des Anbieters; ein fehlendes Eignungskriterium kann daher nicht durch Übererfüllung anderer Eignungskriterien kompensiert werden (vgl. BGE 139 II 489 E. 2.2.4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 580).

E. 5.3

Die Vergabestelle verfügt 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 (vgl. Art. 16 IVöB; Urteil des BGER 2D_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2 mit Hinweis; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 557, Rz. 564 f., mit Hinweis auf die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (vgl. Urteil des BGER 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1). Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (vgl. zum Ganzen das zur Publikation vorgesehene Urteil des BGER 2C_380/2014 vom 15. September 2014 E. 7.1).

E. 5.4

Im vorliegenden Fall hatte die Vergabestelle in Ziff. 3.7 der Ausschreibung vier Eignungskriterium festgelegt: "E1:technische Leistungsfähigkeit
E2:wirtschaftliche/finanzielle Leistungsfähigkeit E3:Erfahrung Schlüsselpersonen
E4:Subunternehmer / Unterakkordant" Gemäss Ziff. 3.8 der Ausschreibung musste für das Eignungskriterium 1 "technische Leistungsfähigkeit" der folgende Nachweis erbracht werden: "Referenzen über die Begleitung und Betreuung von mindestens 1* mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren Projekt mit Angaben über: "E1.1 Zeitraum E1.2 Investitionsvolumen** E1.3 Ausgeführte Arbeiten/Leistungen der Unternehmung E1.4 Zur Auskunft ermächtigte Kontaktperson der Referenzstelle (Auftraggeber)*Die Referenzen

müssen Ersatz best. Schutzeinrichtungen unter Verkehr betreffen **Als vergleichbar gilt ein Investitionsvolumen von mindestens CHF 2 Mio." Für das Eignungskriterium 3 "Erfahrung Schlüsselpersonen" musste der folgende Nachweis erbracht werden: "E3.1 Je 1 Referenzprojekt in gleicher Funktion mit vergleichbarer Komplexität und aus dem gleichen Fachbereich für folgende Schlüsselpersonen: Projektleiter und Montageleiter."

E. 5.5

Die Beschwerdeführerinnen führten als Nachweis für das Eignungskriterium 1 die Referenz "Erneuerung Schaltanlagen Kraftwerk A. _____" an, umfassend die Gesamterneuerung des Schutz- und Leittechniksystems im Zeitraum 2012-2014. Die Vergabestelle erachtet das Referenzprojekt nicht als vergleichbar, da es sich um ein Bahnprojekt gehandelt habe, das nicht in einem Tunnel oder zumindest auf offener Strecke liege. Die Situation habe einer Ausführung von Arbeiten nicht unter Verkehr entsprochen.

E. 5.6

Die Beschwerdeführerinnen stellen sich auf den Standpunkt, sie hätten die Formulierung "unter Verkehr" so verstehen können, dass das Referenzprojekt Arbeiten an Energieversorgungsanlagen während laufendem Verkehr betreffe; dies als Nachweis für die technische Befähigung des Unternehmens, die sicherheitsrelevante permanente Stromzufuhr reibungslos zu gewähren. Während bei eigentlichen Bauarbeiten "unter Verkehr" bedeute, dass die Arbeiten auf oder an der Fahrbahnstrecke verrichtet würden, könne im Energieversorgungsbereich "unter Verkehr" nur bedeuten, dass die projektspezifischen Arbeiten an den Energieversorgungsanlagen bei laufendem Verkehrsfluss/Strassen-/Bahnbetrieb ausgeführt würden. Die Energieversorgungsanlagen im Gotthardstrassentunnel befänden sich denn auch nicht auf oder an der Fahrbahn, sondern abseits des Fahrraums in den Zentralen. Daher sei es im vorliegenden Kontext sachfremd, dass "unter Verkehr" "im Verkehr" bzw. "direkt an der Verkehrslinie" bedeuten solle. Die Vergabestelle habe ihr Referenzobjekt nicht wegen der Ausführung unter Bahnverkehr als ungenügend eingestuft, sondern wegen der falschen Annahme, die Ausführung sei überhaupt nicht "unter Verkehr" erfolgt. Dies treffe aber nicht zu. Das Kraftwerk A. _____ gehöre mehrheitlich der SBB und diene der Stromversorgung von Eisenbahnanlagen. Bei diesem Referenzobjekt sei es darum gegangen, im Hinblick auf die Versorgung des neuen Gotthard-Basistunnels mit Bahnenergie die bestehende 16,7 Hz Schaltanlage zu sanieren und zu erweitern. Die Anlagen hätten sich einerseits im alten Kraftwerk und andererseits direkt beim Basistunnel befunden. Das Referenzprojekt sei technisch von vergleichbarer Komplexität wie das vorliegende Projekt. Die Übersichtsschemata zeigen den zeitlichen Ablauf für den Umbau der Anlage bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung der Stromversorgung für den laufenden Eisenbahn-Verkehr. Insgesamt seien ca. zwei Drittel aller Arbeiten unter Betrieb saniert/erneuert worden. Bei einer Fehlschaltung wäre der Zugverkehr stillgestanden. Der Bezug zum "Verkehr" bzw. Bahnbetrieb sei damit gegeben. Bei der Einholung der telefonischen Referenz habe die zuständige Person der Vergabestelle die Aussage der Auskunftsperson offenbar dahingehend missverstanden, dass das Referenzobjekt insgesamt nicht "unter Verkehr" ausgeführt worden sei. Die Referenzperson habe den Beschwerdeführerinnen gegenüber bestätigt, dass sie gesagt habe, "dass wir einen Umbau unter Verkehr gemacht haben" und "dass ein Teil eine Erweiterung sei, um das nicht unter Verkehr stehende Tunnel mit Strom zu versorgen". Effektiv hätten sich rund 70% der Arbeiten der Beschwerdeführerinnen für das Referenzprojekt Nr. 1 auf die

Bahnstromversorgung unter Verkehr bezogen, und etwa 30% der Arbeiten hätten die Leittechnik für den nicht unter Verkehr stehenden NEAT-Erweiterungsbau betroffen. Selbst wenn die Referenzperson gesagt hätte, das Referenzprojekt Nr. 1 sei generell nicht unter Verkehr ausgeführt worden, hätte die Vergabestelle angesichts des Widerspruchs zur Angabe im Angebot den Beschwerdeführerinnen die Möglichkeit geben müssen, ihre Angaben im Angebot zu erläutern. Der Umstand, dass sich der Arbeitsbereich nicht direkt an der Fahrbahnlinie befinde, könne nicht ausschlaggebend sein, da auch im Gotthardstrassentunnelprojekt sich die Arbeitsbereiche nicht im Fahrbahnbereich, sondern in den räumlich klar abgetrennten Tunnelzentralen befänden. Ob eine Arbeit an der Energieversorgungsanlage in einem geschlossenen Raum zehn oder fünfzig Meter von jener Fahrstrecke entfernt, die permanent mit Energie versorgt werden müsse, verrichtet werde, sei für die Frage der technischen Leistungsfähigkeit des Anbieters ohne Bedeutung, denn im Kraftwerkinnern oder in den räumlich geschlossenen Tunnelzentralen sei die technische Anforderung an die ununterbrochene Energieversorgung im Wesentlichen dieselbe. Die Vergabestelle vermenge insofern im Rahmen der Eignungsprüfung in gesetzwidriger Weise die Frage der sicheren Verkehrserschliessung der Baustelle (eigenes Verhalten des Unternehmens bzw. von dessen Mitarbeitern im Verkehr) und jene der Gewährleistung einer ununterbrochenen Energieversorgung während des laufenden (Tunnel-)Verkehrs andererseits, dessen Sicherheit durch eine auch nur kurzfristige Störung des Elektrobetriebs (Stromzufuhr) empfindlich beeinträchtigt wäre. Da das EK 1 die technische Leistungsfähigkeit betreffe, seien Eignungskriterien, welche nicht die technische Befähigung des Anbieters beträfen, sachfremd und willkürlich. Dass die Zufahrt zu den Arbeitsbereichen in den Tunnelzentralen bzw. die Verkehrserschliessung der Baustelle stets unter Einhaltung aller wesentlichen Sicherheitsvorschriften erfolge, sei nicht eine Frage der technischen Leistungsfähigkeit des ausführenden Unternehmens, sondern des Sicherheitskonzepts.

E. 5.7

Die Vergabestelle führt dagegen aus, den Auskunftspersonen für Referenzobjekte komme gegenüber den Angaben in der Offerte selbst eine untergeordnete Rolle zu. Wenn allenfalls unterschiedliche Interpretationen der Angaben möglich seien, sollten die Auskunftspersonen lediglich bestätigen können, ob das Verständnis des Evaluationsteams den effektiven Gegebenheiten entspreche. Im vorliegenden Fall seien die Referenzangaben nicht selbsterklärend gewesen, da die Beschwerdeführerinnen einerseits bei "Ausführung auf HLS unter Verkehr" Nein angekreuzt hätten und andererseits gleich darunter das Projekt als "Umbau unter Bahnbetrieb" (nicht Bahnverkehr) beschrieben hätten. Zudem handle es sich um Anlagen für ein Kraftwerk und nicht für einen Tunnel. Diese Ausgangslage habe bereits zum Schluss geführt, dass das Projekt nicht vergleichbar sei. Um sich zu versichern, dass die Angaben korrekt verstanden wurden, habe die Vergabestelle die von den Beschwerdeführerinnen angegebene Kontaktperson kontaktiert, welche gesagt habe, die ausgeführten Arbeiten seien für das Kraftwerk im Rahmen der Neubaustrecke beauftragt worden. Die Formulierung "Die Referenzen müssen Ersatz bestehender Schutzeinrichtungen unter Verkehr betreffen" (Ziff. 3.8 der Ausschreibung) könne nicht anders verstanden werden, als dass die Ausführung der Arbeiten selber einen direkten Bezug zum Element Verkehr haben und unter Verkehr erfolgt sein müssten. Insbesondere Projekte auf gesperrten oder noch nicht eröffneten Abschnitten oder abseits des Fahrtraums könnten nicht als vergleichbar beurteilt werden, selbst wenn die Anlagen selber evtl. unter Strom stünden. "In Betrieb" bedeute, dass durch die Energieversorgung die Beleuchtung,

Lüftung, Signalisation, Überwachungsanlagen, Kommunikation und Leittechnik liefern. Mit "unter Verkehr" sei dagegen gemeint, dass der Gotthardstrassentunnel ausser während vereinzelter Nacht- und Komplettsperungen ständig durch Fahrzeuge benützt werde. Der Gotthardstrassentunnel werde insofern während der in Frage stehenden Arbeiten sowohl in Betrieb als auch unter Verkehr sein. Es wäre zwar denkbar gewesen, ein Referenzprojekt aus dem Bereich Schienenverkehr anzuerkennen, da vergleichbar erhöhte Anforderungen bei Arbeiten in einem Eisenbahntunnel unter Verkehr auftreten könnten. Aus diesem Grund seien die Angaben zum Begriff "unter Verkehr" im SIMAP nicht weiter konkretisiert worden. Im Gotthardstrassentunnel könne der Zugang zu den Arbeitsbereichen teilweise nur über die Notnischen im Tunnel selbst erfolgen, und die Anlieferung von Material sei sogar ausschliesslich über den Tunnel via diese Notnischen möglich. Die Tätigkeiten erfolgten mehrheitlich während dem im Tunnel und somit auf diesen Zugangswegen Strassenverkehr herrsche. Im Gotthardstrassentunnel stehe jeweils nur eine Spur pro Richtung in derselben Röhre zur Verfügung, welche nur durch eine Sicherheitslinie in der Mitte von der anderen Seite getrennt sei. Es könne daher nicht einfach eine Spur gesperrt werden, um den Zugang zu den Tunnelzentralen zu vereinfachen. Für die Arbeiten im Tunnel seien somit Raum und Zeit sehr begrenzt. Die zur Verfügung stehende Anzahl Nachtsperungen des Tunnels reiche bei Weitem nicht aus, damit die gesamten Arbeiten für Los 2 während dieser Zeit ausgeführt werden könnten. Zwar müssten die kritischsten Arbeiten während den Nachsperrfenstern erfolgen, doch erfolge der grösste Teil der Arbeiten bei Verkehr. Aus diesem Grund sei der Anbieter beispielsweise verpflichtet, ein Konzept zur Bewältigung von Zwischenfallszenarien zu erstellen, welches nebst Massnahmen zur Verhinderung von Zwischenfällen auch das Vorgehen im Fall eines Eintritts enthalte. Dafür sei entsprechende Erfahrung mit Arbeiten unter Verkehr zwingend erforderlich.

E. 5.8

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 (vgl. Urteil des BGer 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., S. 242 f.). Doch verfügt die Vergabestelle 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 (vgl. Art. 16 IVöB; Urteil des BGer 2D_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2, mit Hinweis; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 557, Rz. 564 f., mit Hinweis auf die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (vgl. Urteil des BGer 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1). Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (vgl. zum Ganzen das zur Publikation vorgesehene Urteil des BGer 2C_380/2014 vom 15. September 2014 E. 7.1). Da im Beschwerdeverfahren Unangemessenheit nicht gerügt werden kann (vgl. Art. 31 BöB), greift das Bundesverwaltungsgericht nur ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (vgl. Zwischenentscheide des BVer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 und 6.1 sowie B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.2; Entscheide der Rekurskommission für

das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] vom 22. März 2004, BRK 2004-003 und CRM 2004-004, veröffentlicht in: VPB 68.88 E. 4b und VPB 68.119 E. 4d/aa; vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/ St. Gallen 2010, Rz. 463). Dies gilt insbesondere auch in Bezug auf den Entscheid der Vergabestelle darüber, welche als Referenz erwähnten Arbeiten sie als mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar erachtet (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.2; Zwischenverfügung der BRK 2006-011 vom 22. August 2006 E. 5c/cc; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 564 ff.).

E. 5.9

Vorliegend verlangte die Vergabestelle in der Ausschreibung, dass die Referenzen betreffend EK 1 "technische Leistungsfähigkeit" den Ersatz bestehender Schutzeinrichtungen "unter Verkehr" beinhalten müssten. Der Ausdruck "unter Verkehr" ist dabei ein technisch geprägter Begriff aus dem Strassenbau (vgl. zum Beispiel die vom Schweizerischen Verband der Strassen- und Verkehrsfachleute [VSS] herausgegebene Norm SN 641 505a mit dem Titel "Baustellen auf Strassen unter Verkehr - Kurze Bauzeiten durch Anreizsysteme [Norm SN 641 505a, Zürich, 2007]). Gemeint ist damit, dass die Bauleistung auf einer befahrenen, nicht abgesperrten Strasse erfolgt. Dass diese Bedeutung des Ausdrucks "unter Verkehr" dem in der Fachwelt üblichen Verständnis entspricht, wird von den Beschwerdeführerinnen nicht bestritten.

E. 5.10

Die Beschwerdeführerinnen machen indessen geltend, es sei sachfremd und willkürlich, diese Anforderung an ein Referenzprojekt zu stellen, da das Gotthardstrassentunnelprojekt selbst nicht "unter Verkehr" in diesem Sinn ausgeführt werden sollte. Die Arbeitsbereiche befänden sich nämlich nicht im Fahrbahnbereich, sondern in räumlich klar abgetrennten Tunnelzentralen. Die Ausschreibung eines Auftrags gilt als selbstständig anfechtbare Verfügung (vgl. Art. 29 BöB Bst. b). Anforderungen, die in der Ausschreibung selbst gestellt wurden, können daher in Rechtskraft erwachsen, so dass Einwände dagegen im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Zuschlag grundsätzlich nicht mehr gehört werden können. Dies gilt jedenfalls soweit, als Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar waren (vgl. Zwischenentscheide des BVGer B-364/2014 vom 8. April 2014 E. 4.4 und B-738/2012 vom 14. Juni 2012 E. 3.1, mit Hinweisen; Entscheid der BRK 2001-011 vom 16. November 2001, publiziert in: VPB 66.38, E. 2c/aa, mit Hinweisen; Marc Steiner, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Leupold et al. [Hrsg.], Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, S. 405 ff., S. 412, mit Hinweisen). Soweit die Beschwerdeführerinnen die Anforderung "unter Verkehr", welche die Vergabestelle an ein Referenzprojekt für das EK 1 gestellt hatte, an sich in Frage stellen wollen, können sie daher nicht gehört werden. Geprüft werden kann lediglich, welche Bedeutung dieser Anforderung im Kontext der Vergleichbarkeit mit dem vorliegend in Frage stehenden Beschaffungsgegenstand zukommt bzw. ob die diesbezügliche Auslegung der Vergabestelle rechtlich haltbar ist.

E. 5.11

Aus den Ausführungen der Vergabestelle ergibt sich, dass der Ausdruck "unter Verkehr" im vorliegenden Fall zwei Aspekte beinhalten soll: Einerseits die Anforderung, dass die Elektroinstallationen der in Frage stehenden Strasse während der Ausführung "in Betrieb"

sein müssen, andererseits aber auch den Aspekt, dass der Arbeitsort wegen dem Verkehr nur erschwert zugänglich ist, dass aufgrund der Nähe zur Fahrbahn eine grosse Unfallgefahr besteht und dass der Unternehmer den Verkehr möglichst wenig behindern darf. In diesem Zusammenhang kommt der Tunnelsituation des vorliegenden Beschaffungsgegenstands offensichtlich grosse Bedeutung zu. Auch wenn die Arbeiten, welche den vorliegend in Frage stehenden Beschaffungsgegenstand ausmachen, nicht direkt auf der Fahrbahn auszuführen sind, hat die Vergabestelle nachvollziehbar dargelegt, inwiefern der Umstand, dass der Gotthardstrassentunnel während des grössten Teils der Arbeiten unter Verkehr sein wird, ein erhebliches Erschwernis darstellt. Es ist auch nachvollziehbar, dass die Vergabestelle aus Sicherheitsgründen verlangt hat, dass ein Zuschlagsempfänger Erfahrung damit hat, mit einer derartigen Situation umzugehen. Aufgrund einer prima-facie-Würdigung erscheint das Argument der Beschwerdeführerinnen, wonach der erste Aspekt des Begriffs "unter Verkehr" - die Ausführung der Arbeiten, während die Elektroinstallationen der Strasse in Betrieb sind - wichtiger sei als der zweite Aspekt, zwar durchaus als einleuchtend. Nichtsdestotrotz ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vergabestelle das ihr zustehende Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt haben sollte, wenn sie Anforderungen an ein Referenzprojekt gestellt hat, welche nicht nur in Bezug auf den ersten Aspekt, sondern auch in Bezug auf die mit dem Arbeitsort in einem unter Verkehr stehenden Tunnel verbundenen Erschwernisse und Sicherheitsfragen mit dem Beschaffungsgegenstand vergleichbar sind. Es sind auch keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass diese Auslegung lediglich eine nachgeschobene Begründung im Beschwerdeverfahren darstellen könnte. Im Debriefing-Protokoll ist aufgeführt, dass die Vergabestelle den zweiten dieser Aspekte bereits anlässlich des Debriefings thematisierte. Vor allem aber geht aus der Telefonnotiz hervor, die der Mitarbeiter der Vergabestelle während seinem Gespräch mit der Referenzperson anfertigte, dass er als erstes die Referenzperson fragte, ob die Arbeitsausführung auf offener Strecke oder in einem Tunnel erfolgt sei. Erst die zweite Frage betraf die Abklärung, ob es sich um einen Neubau oder um eine Strecke unter Verkehr handle. Die erste Frage nach einer allfälligen Ausführung in einem Tunnel ergibt nur im Kontext dieses zweiten Aspekts und der diesbezüglichen Vergleichbarkeit des Referenzobjekts mit dem Beschaffungsgegenstand einen Sinn.

E. 5.12

Dass bzw. inwiefern das angeführte Referenzprojekt "Erneuerung Schaltanlagen Kraftwerk A. _____" auch in Bezug auf die dargelegten, mit der Tunnelsituation verbundenen Erschwernisse und Sicherheitsfragen mit dem Beschaffungsgegenstand vergleichbar sei, haben die Beschwerdeführerinnen weder konkret behauptet noch substantiiert. Die Sachverhaltsdarstellung der Beschwerdeführerinnen und der Vergabestelle unterscheidet sich diesbezüglich nicht in relevanter Hinsicht, und die Beschwerdeführerinnen machen auch gar nicht geltend, die Vergabestelle habe in Bezug auf diese Frage ihr Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt.

E. 5.13

Unter diesen Umständen erübrigt es sich, auf die Rügen der Beschwerdeführerinnen bezüglich der Einholung der Referenzauskunft durch die Vergabestelle einzugehen. Auch die von den Beschwerdeführerinnen angerufenen Beweismittel zu dieser Frage sind in antizipierter Beweiswürdigung als nicht erheblich einzustufen. Was die von den Beschwerdeführerinnen genannte und durch den Mitarbeiter der Vergabestelle angerufene Referenzperson tatsächlich gesagt hat, wer ein allfälliges Missverständnis zu vertreten und

wer in diesem Zusammenhang wofür die Beweislast zu tragen hat, sind Fragen, die im Rahmen der vorliegenden prima-facie-Würdigung offen bleiben können.

E. 5.14

Da gemäss Ausschreibungsbestimmungen sämtliche Eignungskriterien erfüllt sein müssen, brauchen die weiteren Rügen der Beschwerdeführerinnen, die Vergabestelle sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass sie auch das EK 3 nicht erfüllt hätten, nicht weiter geprüft zu werden.

E. 6

Aufgrund einer prima facie-Würdigung erweist sich die Beschwerde somit als offensichtlich unbegründet. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist daher abzuweisen, ohne dass eine Interessenabwägung erforderlich ist.

E. 7

Die Beschwerdeführerinnen haben Akteneinsicht in sämtliche Akten des Vergabeverfahrens beantragt, vorbehaltlich begründeter Geheimhaltungsinteressen.

E. 7.1

Auch in Beschwerdeverfahren bezüglich Beschaffungssachen gilt, dass die Gewährung der Akteneinsicht der Grundsatz, deren Verweigerung die Ausnahme darstellt (vgl. Art. 26 ff. VwVG). Vom Einsichtsrecht ausgenommen bleiben freilich jene Akten, bezüglich derer ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse vorliegt (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1363 ff.).

E. 7.2

Das Recht auf Akteneinsicht bezieht sich grundsätzlich auf alle für den Entscheid erheblichen Akten. Im Kontext eines Zwischenentscheids über die Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde bedeutet dies, dass die im Hinblick auf diese Frage unterliegende Partei Einsicht in diejenigen Akten erhalten muss, welche für eine allfällige Anfechtung des Zwischenentscheides relevant sein könnten. Die betreffende Partei soll sich aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen ein Bild von der Ausgangslage machen können, um ihre Erfolgchancen abschätzen und gegebenenfalls den Zwischenentscheid fristgerecht anfechten zu können (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-6762/2011 vom 26. Januar 2012 E. 8).

E. 7.3

Im vorliegenden Fall geht es allein um die Frage, ob die Beschwerdeführerinnen das EK 1 erfüllen oder ob sie zu Recht aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen wurden. Für die Beurteilung dieser Frage sind diejenigen Akten relevant, über welche die Beschwerdeführerinnen bereits verfügen (Ausschreibung und dazugehörige Unterlagen, Vernehmlassungsbeilagen, teilweise abgedeckter Evaluationsbericht) oder die sie selbst eingereicht haben (Angebot der Beschwerdeführerinnen). Die übrigen Akten des Vergabeverfahrens, insbesondere die Offerten der anderen Anbieter und deren Evaluation durch die Vergabestelle, sind offensichtlich nicht relevant in Bezug auf die Frage, ob die Beschwerdeführerinnen das EK 1 erfüllen oder ob sie zu Recht aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen wurden.

E. 7.4

Die weitergehende Behandlung des Akteneinsichtsgesuchs der Beschwerdeführerinnen kann daher auf das Hauptverfahren verschoben werden.

E. 8

Über die Kosten für den vorliegenden Zwischenentscheid wird mit dem Entscheid über die Hauptsache zu befinden sein.

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