

# **BVGer B-7802/2025 vom 18. März 2026**

Bundesverwaltungsgericht, 2026-03-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-7802\\_2025](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-7802_2025)

FR: TAF B-7802/2025 du 18 mars 2026

IT: TAF B-7802/2025 del 18 marzo 2026

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungswesen

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und entsprechend auf die Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (vgl. BVGE 2007/6 E. 1 m.w.H.).

#### **E. 1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen von Vergabestellen über den Zuschlag zuständig, wenn der Auftrag in den Anwendungsbereich des BöB fällt und die für den Rechtsschutz einschlägigen Schwellenwerte erreicht sind (vgl. Art. 52 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 53 Abs. 1 Bst. e des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]).

#### **E. 1.2**

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 (vgl. Art. 55 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 56 Abs. 3 BöB kann die Unangemessenheit vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

#### **E. 1.3**

Das BöB erfasst die Vergabe öffentlicher Aufträge durch unterstellte Auftraggeberinnen innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs (Art. 1 BöB). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 4 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst ist (Art. 8 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Art. 16 BöB i.V.m. Anhang 4 zum BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 10 BöB gegeben ist.

#### **E. 1.4**

Das Bundesamt für Strassen ASTRA als Bedarfsstelle untersteht als Teil der allgemeinen Bundesverwaltung dem BöB (Art. 4 Abs. 1 Bst. a BöB i.V.m. Art. 2 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 [RVOG, SR 172.010]).

#### **E. 1.5**

Die Vergabestelle geht in der auf SIMAP publizierten freihändigen Vergabe vom 22. September 2025 von einer "Bauleistung" aus. Die zu beschaffende Leistung beinhaltet die Erstellung der Fundamente inkl. Aushub, Erdung und Baugrubensicherung sowie das Versetzen der Schächte für die Querschnittsteuerungskabinen (QSK); die erforderlichen Kabelrohrblöcke zum Anschluss der Anlage an die bestehende Kabelrohranlage sowie die erforderlichen Anpassungen am Fahrzeugrückhaltesystem. Die Einstufung als Bauauftrag erweist sich daher als zutreffend und wird auch nicht bestritten.

#### **E. 1.5.1**

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die ausgeschriebene Bauleistung dem Staatsvertragsbereich untersteht, was nur dann zutrifft, wenn sie in Anhang 1 Ziff. 1 BöB aufgelistet ist (vgl. Art. 8 Abs. 4 BöB). Hierfür massgebend ist die Referenznummer der von den Vereinten Nationen erstellten provisorischen zentralen Warenklassifikation (Classification centrale des produits/Central Product Classification, CPC [prov]; Urteile B-6023/2023 vom 20. März 2024 E. 1.6.1 und B-4157/2021 vom 24. Januar 2022 E. 1.1.3 «Gare de Gruyères / travaux de génie civil» m.w.H.).

#### **E. 1.5.2**

Die Vergabestelle hat die vorliegende Beschaffung unter der CPV (Common Procurement Vocabulary)-Referenznummer 45000000 als "(Tief-) Bauarbeiten" eingeordnet (vgl. SIMAP-Meldungsnummer#23743-01). Diese CPV-Referenznummer entspricht der Sache nach Bauarbeiten für Tiefbauten der CPC prov. 513, die in Ziffer 3 des Anhangs 1 BöB erwähnt sind. Die ausgeschriebenen Arbeiten unterstehen somit grundsätzlich dem Staatsvertragsbereich, wenn sie den Schwellenwert gemäss Anhang 4 Ziff. 1 BöB erreichen (Art. 8 Abs. 4 BöB).

#### **E. 1.6**

Als nächstes ist daher zu klären, ob der Wert des zu vergebenden öffentlichen Bauauftrags den massgebenden Schwellenwert erreicht (Art. 8 Abs. 4 und Art. 16 i.V.m. Anhang 4 BöB). Der Schwellenwert für den Staatsvertragsbereich beträgt bei der Beschaffung von Bauleistungen durch eine Auftraggeberin nach Art. 4 Abs. 1 BöB 8,7 Mio. Fr. (Anhang 4 Ziff. 1.1 BöB).

#### **E. 1.6.1**

Ob der Schwellenwert erreicht ist, beurteilt sich nach einer pflichtgemässen Schätzung des Auftragswerts durch die Vergabestelle (vgl. Art. 15 Abs. 1 BöB; Botschaft zur Totalrevision des BöB vom 15. Februar 2017, BBl 2017 1851, 1919). Dabei sind nach der sogenannten Bauwerksregel mehrere Bauleistungen zusammenzurechnen und es ist von deren Gesamtwert auszugehen, wenn die Bauleistungen Teil des gleichen zusammenhängenden Gesamtbauvorhabens sind und nicht die Bagatellklausel greift (Art. 16 Abs. 4 BöB; Urteile des BVGer B-6023/2023 E. 1.7.2, B-3534/2021 vom 17. Mai 2022 E. 2.2.4 f. «Gussasphalt-Instandhaltung», B-3156/2021 vom 29. September 2021 E. 3.2.1 f. «MÜLS Tunnel Schlund und Spiel [A2 Luzern]», B-5941/2019 vom 19. Februar 2020 E. 3.1 ff. «Datennetzwerkkomponenten», je m.w.H.).

#### **E. 1.6.2**

Der vorliegend freihändig vergebene Bauauftrag Los 91 wurde mit einer Auftragssumme von Fr. 8'099'866.80 vergeben. Dieser Bauauftrag ist jedoch nur ein Teil des Projekts "MP-220003, Roadmap VMCH GHGW Enforcement LUAG". Das Gesamtprojekt

beinhaltet unter anderem auch die Bauleistungen des Loses 92 "Stahlbau" mit einem Zuschlagspreis von Fr. 1'278'318.60 (SIMAP-Meldungsnummer #8726-02) sowie diejenigen des Loses 41 Signalisationsmittel mit einem Zuschlagspreis von Fr. 3'041'248.40 (SIMAP-Meldungsnummer #7794-02). Zudem ging die Vergabestelle am 28. Januar 2025 beim Entscheid über die Verfahrensart von Kosten für das Gesamtprojekt von über 25 Mio. Fr. aus.

### **E. 1.6.3**

Daraus folgt, dass mit dem hier zu beurteilenden Beschaffungsvorhaben der Schwellenwert von 8,7 Mio. Fr. für Bauaufträge deutlich überschritten wird. Die Vergabestelle hat die in Frage stehende Beschaffung nicht der Bagatellklausel (Art. 16 Abs. 4 BöB) unterstellt und somit ursprünglich korrekterweise im offenen Verfahren ausgeschrieben. Somit ist auch der für die Zulässigkeit einer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht massgebende Schwellenwert überschritten (Art. 52 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Anhang 4 Ziff. 1.1 BöB).

### **E. 1.7**

Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 10 BöB liegt nicht vor. Auch handelt es sich beim vorliegenden Auftrag nicht um eine Vergabe öffentlicher Aufträge gemäss Anhang 5 Ziff. 1 Bst. c und d BöB, bei welchen kein Rechtsschutz besteht (Art. 52 Abs. 5 BöB).

### **E. 1.8**

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

### **E. 2.1**

Die Beschwerdelegitimation ist grundsätzlich auch im Beschaffungsrecht nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen (Art. 55 BöB bzw. Art. 37 VGG i. V. m. Art. 48 VwVG; BGE 141 II 14 E. 2.3 «Monte Ceneri»). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz stellt Art. 56 Abs. 4 BöB dar. Gemäss dieser Bestimmung kann gegen Zuschläge im freihändigen Verfahren nur Beschwerde führen, wer nachweist, dass sie oder er die nachgefragten Leistungen oder damit substituierbare Leistungen erbringen kann und will.

### **E. 2.2**

Beruft sich die Vergabestelle für die Zulässigkeit des Freihandverfahrens darauf, dass für den beabsichtigten Beschaffungsgegenstand nur eine Anbieterin in Frage komme, und macht die Beschwerdeführerin dagegen geltend, der Beschaffungsgegenstand sei zu Unrecht so definiert worden, so stellt Art. 56 Abs. 4 BöB unzweideutig klar, dass nicht nur beschwerdelegitimiert ist, wer geltend macht, genau diese Leistung erbringen zu können, sondern auch, wer nachweist, dass es eine damit substituierbare Leistung gibt, die sie oder er erbringen könnte. Ob die Vergabestelle den Beschaffungsgegenstand zulässigerweise so eng festgelegt hat, dass nur eine Anbieterin in Frage kommt, oder ob es eine damit substituierbare Leistung gäbe, wird damit zu einem sogenannten doppelrelevanten Sachverhalt: Diese Frage bildet Gegenstand der materiellen Beurteilung (weil davon die Zulässigkeit des freihändigen Verfahrens abhängt). Zugleich ist sie vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (BGE 141 II 14 E. 5.1 «Monte Ceneri», BGE 137 II 313 E. 3.3.2 f. «Microsoft»; Urteile des BVGer B-6972/2023 vom 23. Juli 2024 E. 2.2 und B-1570/2015 vom 7. Oktober 2015 E. 1.5.2 f. «Warnblitzleuchte Eflare»). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte genügt es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen, wenn die Beschwerdeführerin glaubhaft macht («mit einer

gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht», «rendre vraisemblable»), dass ihre Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind (BGE 141 II 14 E. 5.1 «Monte Ceneri», m. w. H.; Urteile B-6972/2023 E. 2.2 und B-3580/2021 vom 9. Mai 2022 E. 1.5.1; Florian C. Roth, in: Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 56 N 33). Die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe liegt sowohl im Stadium der Legitimationsprüfung als auch bei der materiellen Prüfung bei der Vergabestelle. Die Beschwerdeführerin kann sich darauf beschränken, glaubhaft zu behaupten, eine potenzielle Anbieterin der zugeschlagenen oder einer substituierbaren Leistung zu sein, um die freihändige Vergabe anzufechten (Urteil des BGer 2C\_50/2022 vom 6. November 2023 E. 5.9 f.; Urteile des BVerB-6972/2023 E. 2.2 und B-3580/2021 E. 1.6.1 und 2.1 «Identity and Access Management (IAM)», je m.w.H.).

### **E. 2.3**

Die Vergabestelle erachtet die Legitimation der Beschwerdeführerinnen als nicht gegeben, da letztere im vorangehenden offenen Beschaffungsverfahren wegen fehlender Bonität hätten ausgeschlossen werden müssen. Aus diesem Grund hätten die Beschwerdeführerinnen auf eine Anfechtung verzichtet, weshalb die entsprechende Verfügung zum Abbruch des Verfahrens rechtskräftig geworden sei. Die gestellten Erfordernisse an die Beschwerdeführerinnen zur Erbringung der nachgefragten Leistungen seien anbieterseitig (und damit bezüglich ihrer Fähigkeit) weder im damaligen noch im jetzigen Zeitpunkt erfüllt.

### **E. 2.4**

Demgegenüber machen die Beschwerdeführerinnen geltend, der Ausschluss habe sich auf den Umstand bezogen, dass sie fälschlicherweise in ihrem Angebot bei "Bonität" "Nein" statt "Ja" angekreuzt hätten. Dabei habe es sich offensichtlich um ein Versehen gehandelt, was für die Vergabebehörde leicht zu erkennen gewesen wäre. Die Beschwerdeführerinnen hätten sämtliche erforderlichen Unterlagen eingereicht, sodass insbesondere gestützt auf die Jahresumsätze der ARGE-Partner und die einwandfreien Betreibungsregistrauszüge die wirtschaftliche resp. finanzielle Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin offensichtlich gegeben sei. Zudem kenne die Vergabebehörde die Beschwerdeführerinnen bereits aus vergangenen und auch aus sich aktuell in Ausführung befindenden Projekten bestens. Entsprechend habe die Vergabestelle nicht ohne Weiteres auf das falsch gesetzte Kreuz abstellen und die Beschwerdeführerinnen vom Vergabeverfahren ausschliessen dürfen. Vielmehr hätte die Vergabebehörde die Beschwerdeführerinnen gestützt auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit sowie des Verbots des überspitzten Formalismus darauf aufmerksam machen müssen, dass das versehentlich falsch gesetzte Kreuz zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führen könnte. Durch ihre Teilnahme im offenen Verfahren hätten sie ihre Bereitschaft und Fähigkeit für die Durchführung des Projekts aufzeigen können.

### **E. 2.5**

Wie erwähnt, beantragen die Beschwerdeführerinnen die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und die Rückweisung der Angelegenheit an die Vergabestelle, mit der Verpflichtung, die streitgegenständlichen Bauleistungen erneut im offenen Verfahren auszuschreiben.

### **E. 2.6**

Obwohl die entsprechende Verfügung in Rechtskraft erwachsen ist, und diese somit im vorliegenden Verfahren nicht Streitgegenstand sein kann, ist an dieser Stelle trotzdem auf das abgebrochene offene Verfahren einzugehen.

#### **E. 2.6.1**

Gemäss Art. 27 Abs. 1 BöB legt die Vergabestelle in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen die Kriterien zur Eignung der Anbieterin abschliessend fest. Die Kriterien müssen im Hinblick auf das Beschaffungsvorhaben objektiv erforderlich und überprüfbar sein. Die Eignungskriterien können insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit sowie die Erfahrung der Anbieterin betreffen (Art. 27 Abs. 2 BöB). Diese Bestimmung wird durch Art. 4 Abs. 4 der Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) konkretisiert, wonach die Auftraggeberin für die Überprüfung der Eignung der Anbieter die in Anhang 3 der VöB beispielhaft genannten Unterlagen oder Nachweise erheben und einsehen kann.

#### **E. 2.6.2**

Nach Art. 34 Abs. 1 BöB müssen Angebote schriftlich, vollständig und fristgerecht gemäss den Angaben in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen eingereicht werden. Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle anhand der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (vgl. Urteil des BGer 2C\_241/2012 vom 28. Juni 2012 E. 4.1 «Bioggio»; BVGE 2007/13 E. 3.1 «Vermessung Durchmesserlinie» und Urteil des BVGer B-8115/2015 vom 6. Oktober 2016 E. 3.8.1 «Gewölbearbeiten im Furkatunnel»). Nach der Angebotsöffnung prüft die Vergabestelle die eingegangenen Angebote auf die Einhaltung der Formerfordernisse (Art. 38 Abs. 1 BöB).

#### **E. 2.6.3**

Dementsprechend sind die Offerten grundsätzlich aufgrund der innert Frist eingereichten Angaben und Nachweise zu prüfen (vgl. Urteile des BVGer B-5601/2025 vom 30. Oktober 2025 E. 3.5 und B-4199/2021 vom 29. März 2022 E. 2.1 m.w.H. «Elementwandsysteme ETH»).

#### **E. 2.6.4**

Die Auftraggeberin kann ein Angebot vom Vergabeverfahren namentlich dann ausschliessen, wenn die Anbieterin die Teilnahmebedingungen nicht erfüllt (Art. 44 Abs. 1 Bst. a BöB), das Angebot wesentliche Formfehler aufweist oder wesentlich von den verbindlichen Anforderungen der Ausschreibung abweicht (Art. 44 Abs. 1 Bst. b BöB).

#### **E. 2.6.5**

Eignungskriterien sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich als Ausschlusskriterien zu definieren (BGE 143 I 177 E. 2.3.1 m.H. «Sammlung und Transport von Siedlungsabfall»; Urteil des BGer 2D\_24/2023 vom 7. Mai 2025 E. 3.2). Bei Nichterfüllen auch nur eines Eignungskriteriums muss deshalb ein Ausschluss vom Vergabeverfahren erfolgen, es sei denn, die Mängel sind geringfügig und der Ausschluss wäre unverhältnismässig (BGE 145 II 249 E. 3.3 «système de levage»; Urteil des BGer 2C\_576/2022 vom 3. August 2023 E. 4.3 «Brandschutzkleidung Feuerwehren Kanton Aargau»; Urteile des BVGer B-5601/2025 E. 3.12, B-6023/2023 E. 4.3.3 «Weiterentwicklung und Sanierung EAZ Schwarzenburg» und B-415/2023 vom 16. Mai

2023 E. 5.1 und 5.1.4«Roaming / IMS Plattform 4G»; Laura Locher, Handkommentar, Art. 44 N. 12).

#### **E. 2.6.6**

Die Vergabestelle formulierte in der Ausschreibung des abgebrochenen offenen Verfahrens (SIMAP-Publikation vom 3. Februar 2025;#8338-01) fünf Eignungskriterien (EK), für deren Erfüllung jeweils ein Nachweis erbracht werden musste. Als EK2 musste die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit nachgewiesen werden.

#### **E. 2.6.7**

Das Dokument "Unternehmerangaben" sah unter Ziffer 1.7 mit dem Titel "Wirtschaftliche Angaben Anbieter" unter anderem folgende Angaben vor: Bonität ja nein Sind gegen Ihre Firma Beteiligungen hängig? ja nein Die Beschwerdeführerinnen setzten im Angebot in der Folge bei beiden Anfragen ein Kreuz bei der Antwort "nein". Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen im Beschwerdeverfahren forderte sie die Vergabestelle mit E-Mail vom 25. April 2025 unter anderem explizit auf, die gemachten Angaben hinsichtlich der Unternehmerangaben zur Bonität zu überprüfen. In der Antwortmail vom 28. April 2025 reichten die Beschwerdeführerinnen zwar die ebenfalls verlangten ergänzten Preisanalysen ein, machten jedoch keine Angaben zur Bonität.

#### **E. 2.6.8**

Die Beschwerdeführerinnen haben unbestrittenermassen im "Ausschreibungsangebot" bei der Bonität die Antwort "nein" angekreuzt, weshalb die Vorinstanz davon ausging, dass das Eignungskriterium EK2 "wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit" nicht erfüllt war.

#### **E. 2.6.9**

Die Nichterfüllung von Eignungskriterien führt, wie erwähnt, grundsätzlich zum Ausschluss, sofern sich der Ausschluss nicht als unverhältnismässig und überspitzt formalistisch erweist. Dies gilt auch dann, wenn in der Folge das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht berücksichtigt werden kann (BVGE 2007/13 E. 3.3 «Vermessung Durchmesserlinie»; Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.1 «Studie Schienengüterverkehr»).

#### **E. 2.6.10**

Mit Verfügung vom 7. Mai 2025 schloss die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdeführerinnen wegen fehlender Bonität gemäss Selbstdeklaration deshalb aus. Die Vergabestelle führte in der Verfügung weiter aus, es habe in diesem Verfahren kein Zuschlag erteilt werden können, weshalb das Verfahren habe abgebrochen werden müssen. Für die Rechtsmittelbelehrung verwies die Vergabestelle auf die elektronische Publikation auf SIMAP. Da der Abbruch des offenen Verfahrens in der Folge weder von den Beschwerdeführerinnen noch von den anderen Anbieterinnen angefochten wurde, erwuchs die Verfügung in Rechtskraft.

#### **E. 2.7**

Soweit die Beschwerdeführerinnen im vorliegenden Verfahren nun argumentieren, der Begriff "Bonität" sei für eine Selbstdeklaration schlecht gewählt und ihr Ausschluss im offenen Verfahren aufgrund fehlender Bonität sei überspitzt formalistisch, unverhältnismässig und folglich rechtswidrig, hätten sie diese Rügen in einem

Beschwerdeverfahren gegen den Ausschluss bzw. den Abbruch geltend machen müssen. Gleiches gilt für den Einwand, es sei für die Vergabestelle leicht erkennbar gewesen, dass es sich beim Ankreuzen des "Nein-Feldes" bei der Bonität offensichtlich um ein Versehen gehandelt habe, zumal sich gestützt auf die Jahresumsätze und die einwandfreien Betreibungsregisterauszüge der ARGE-Partner die wirtschaftliche bzw. finanzielle Leistungsfähigkeit offensichtlich ergeben habe. In einem Beschwerdeverfahren gegen den Abbruch hätte das Bundesverwaltungsgericht prüfen können, ob zugunsten der Beschwerdeführerinnen ein leicht erkennbarer Fehler zu bejahen gewesen wäre. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn ein Anbieter vergessen hat, gewisse Erklärungen abzugeben, die lediglich durch Ankreuzen eines Feldes des Offertformulars hätten erfolgen sollen (Urteile des BVerfG B-5601/2025 E. 3.19, B-1662/2020 vom 8. Juni 2020 E. 3.2 «Elektroinstallationen Müllheim»; B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.2 f. «Studie Schienengüterverkehr»; BVGE 2007/13 E. 3.3 «Vermessung Durchmesserlinie»; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 447 f.). Auch hätte in diesem Verfahren beurteilt werden können, ob das abgegebene Angebot der Beschwerdeführerinnen gleich zu behandeln gewesen wäre wie Angebote mit (irrtümlich) fehlenden Angaben. Es bleibt zu erwähnen, dass hier die Vergabestelle in der vorangehenden offenen Ausschreibung - und im Gegensatz zur Sachlage im Verfahren B-5601/2025 - den Beschwerdeführerinnen im Rahmen einer Nachfrage die Gelegenheit gegeben hatte, unter anderem die Angaben bezüglich der verneinten Bonität zu prüfen und allenfalls zu korrigieren, was die Beschwerdeführerinnen jedoch unterlassen haben.

## **E. 2.8**

Zu prüfen bleibt im Folgenden, wie sich diese Sachlage auf das vorliegende Beschwerdeverfahren gegen den freihändig erteilten Zuschlag auswirkt.

### **E. 2.8.1**

Wie bereits erwähnt, kann gegen Zuschläge im freihändigen Verfahren nur Beschwerde führen, wer nachweist, dass sie oder er die nachgefragten Leistungen oder damit substituierbare Leistungen erbringen kann und will. Es kann nur gerügt werden, das freihändige Verfahren sei zu Unrecht angewandt oder der Zuschlag sei aufgrund von Korruption erteilt worden (Art. 56 Abs. 4 BÖB; vgl. E. 2.1 hiervor). Auch diese Rügen setzen voraus, dass eine Beschwerdeführerin glaubhaft macht, die streitgegenständlichen Leistungen erbringen zu können (vgl. Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen; BBl 2017 1851, S. 1984). Mithin steht gegen den Entscheid, unzulässigerweise das Freihandverfahren durchzuführen, nur den potenziellen Anbieterinnen des von der Vergabestelle definierten Beschaffungsgegenstandes eine Beschwerdemöglichkeit zu (BGE 150 II 105 E. 5.3, 150 II 123 E. 4.2 und BGE 137 II 313 E. 3.3.2).

### **E. 2.8.2**

Die zulässige Festlegung des Beschaffungsgegenstands und die Wahl des freihändigen Verfahrens bildet als sogenannter doppelrelevanter Sachverhalt (vgl. E. 2.2 hiervor) Gegenstand der materiellen Beurteilung (weil davon die Zulässigkeit des freihändigen Verfahrens abhängt), aber zugleich ist sie vorfrageweise von Bedeutung für die Frage, wer überhaupt aufgrund des von ihm angebotenen Produkts legitimiert ist, Beschwerde zu erheben (BGE 137 II 313 E. 3.3.3).

### **E. 2.8.3**

Für die Anwendung des freihändigen Verfahrens beruft sich die Vergabestelle auf die Bestimmung von Art. 21 Abs. 2 Bst. a BÖB. Danach kann eine Auftraggeberin einen Auftrag unabhängig vom Streitwert vergeben, wenn im vorangegangenen offenen Verfahren keine Angebote eingegangen sind oder kein Angebot den wesentlichen Anforderungen der Ausschreibung oder den technischen Spezifikationen entspricht oder keine Anbieterin die Eignungskriterien erfüllt. Dabei darf die Vergabestelle die Ausschreibungsunterlagen nicht derart ausgestalten, dass die möglichen Anbieterinnen die Anforderungen gar nicht erfüllen können, um danach den Auftrag nach Art. 21 Abs. 2 Bst. a BÖB freihändig zu vergeben (Botschaft zum BÖB, a.a.O., S. 1926). Zudem setzt eine freihändige Vergabe nach Bst. a voraus, dass die Anforderungen der ursprünglichen Ausschreibung im Auftrag, der vergeben wird, nicht wesentlich geändert werden (Art. XIII Abs. 1 Bst. a des revidierten WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994, Fassung gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30. März 2012 (Government Procurement Agreement [GPA 2012, SR 0.632.231.422]); Aeschbacher/Krebs, Handkommentar, Art. 21 N 10). Das vorangehende offene Verfahren wurde von der Vergabestelle mittels Publikation vom 7. Mai 2025 gestützt auf Art. 43 Abs. 1 Bst. b BÖB abgebrochen, da keine gültigen Angebote eingegangen seien.

### **E. 2.8.4**

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, sie hätten die Ausschluss- bzw. Abbruchverfügung nicht angefochten, da ihnen mit dem Ausschluss mitgeteilt worden sei, dass kein Zuschlag erteilt werden könne und das Verfahren aus diesem Grund abgebrochen werden müsse. Entsprechend seien sie davon ausgegangen, das Beschaffungsobjekt werde erneut und wiederum in einem offenen Verfahren ausgeschrieben, so dass sie ihr Versehen korrigieren und eine neue Chance auf den Zuschlag erhalten würden. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Vergabestelle keine Zusicherung dahingehend gemacht hat, erneut ein offenes Verfahren durchzuführen. Die Beschwerdeführerinnen hätten zu diesem Zeitpunkt ohne Weiteres die Möglichkeit gehabt, sich mittels Beschwerde gegen den Abbruch bzw. ihren Ausschluss zur Wehr zu setzen. Indem keine der Anbieterinnen eine Beschwerde eingereicht hat, wurden der Abbruch des offenen Verfahrens und die Ausschlüsse der Anbieterinnen rechtskräftig. Die mangelnde Sorgfalt bei der Angabe betreffend Bonität und den Verzicht auf eine Beschwerdeerhebung gegen den Abbruch müssen sich die Beschwerdeführerinnen daher vorhalten lassen.

### **E. 2.8.5**

Mit Eintritt der Rechtskraft des Abbruchs des offenen Verfahrens aufgrund des Umstands, dass keine gültigen Angebote eingegangen seien, lag es damit grundsätzlich im Ermessen der Vergabestelle, gestützt auf Art. 21 Abs. 2 Bst. a BÖB eine freihändige Vergabe zu initiieren. Dies gilt umso mehr, weil die Anforderungen der ursprünglichen Ausschreibung im Vergleich zum Auftrag, der vergeben wurde, nicht wesentlich geändert haben. Das ergibt sich insbesondere aus den Beschreibungen des Gegenstands und Umfangs des Auftrags, welche sowohl in der seinerzeitigen Ausschreibung vom 3. Februar 2025 (SIMAP-PublikationNr. #8338-01) und in der freihändigen Vergabe vom 22. September 2025 (SIMAP-Publikation Nr. #27343-01) gleich lauten. Das bestätigten auch die Beschwerdeführerinnen in der Beschwerde, indem sie ausführen, die Bauleistungen seien im freihändigen Verfahren deckungsgleich zur Ausschreibung vergeben worden. Die Beschwerdeführerinnen wenden jedoch ein, indem sich die Zuschlagssumme im

freihändigen Verfahren nicht mit der Angebotssumme der Zuschlagsempfängerin im offenen Verfahren decke, sei davon auszugehen, dass die Vergabestelle die Anforderungen nach dem Abbruch des offenen Verfahrens zumindest teilweise angepasst habe. Wie die Vergabestelle jedoch zu Recht ausführt, müssen gewisse (Projektoptimierungs-)Anpassungen im Anwendungsbereich von Art. 21 Abs. 2 Bst. a BöB möglich sein, zumal in casu der potenzielle Anbieterkreis und auch der Gesamtcharakter der zu beschaffenden Leistung nicht berührt werden. Es ergeben sich denn auch beim Vergleich des derzeitigen Zuschlagspreises von Fr. 7'492'938.76 (exkl. MWST) im Vergleich zu den im offenen Verfahren offerierten Angebotssummen zwischen Fr. 6'498'283.75 bis Fr. 7'995'546.85 (exkl. MWST) keine Auffälligkeiten, wonach die Vergabestelle die Anforderungen wesentlich abgeändert haben sollte.

### **E. 2.9**

Mit Eintritt der Rechtskraft der Abbruchverfügung durfte die Vergabestelle davon ausgehen, dass die Beschwerdeführerinnen das Eignungskriterium EK2 "wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit" für das Projekt "MP-220003, Roadmap VMCH GHGW Enforcement LUAG, Los 91, Baumeister-Fundamente, Kabelrohre, Schächte FZRS" nicht erfüllten.

### **E. 2.10**

Fehlt es den Beschwerdeführerinnen in Bezug auf das vorliegend zu beurteilende Beschaffungsobjekt somit am Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit, vermögen die Beschwerdeführerinnen nicht glaubhaft zu machen, die streitgegenständlichen Leistungen erbringen zu können. Entgegen ihrer Argumentation in ihrer Beschwerde reicht dafür allein die Teilnahme am vorangehenden offenen Verfahren nicht aus. Die Beschwerdeführerinnen haben somit im vorliegenden Verfahren keine reelle Chance, den Zuschlag zu erhalten, weshalb sie nicht zur Beschwerde legitimiert sind.

### **E. 2.11**

Immerhin bleibt an dieser Stelle noch anzumerken, dass sich hier keine Anhaltspunkte finden lassen, wonach die Vergabestelle das freihändige Verfahren zu Unrecht angewendet hätte. Der Abbruch des offenen Verfahrens erfolgte aufgrund des Umstands, dass kein Angebot die technischen Spezifikationen oder weitere Anforderungen erfüllt haben (Art. 21 Abs. 1 Bst. a BöB). Zudem wurden die Anforderungen der ursprünglichen Ausschreibung für die freihändige Vergabe nicht wesentlich geändert. Auch wenn die Zuschlagsempfängerin der freihändigen Vergabe im vorangehenden offenen Verfahren ebenfalls ausgeschlossen wurde, lag das jedoch nicht - wie bei den Beschwerdeführerinnen und der dritten Anbieterin - an anbieterseitigen Erfordernissen.

### **E. 3**

Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen mangels Legitimation nicht einzutreten ist.

### **E. 4**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Beschwerdeführerinnen 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) und ist vorliegend auf Fr. 3'000.- festzusetzen.

#### **E. 5**

Als unterliegende Partei ist den Beschwerdeführerinnen keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die Zuschlagsempfängerin hat sich nicht mit eigenen Anträgen am Verfahren beteiligt, weshalb auch sie keinen Anspruch auf Parteientschädigung hat. Die unter das BÖB fallende Vergabestelle hat ebenfalls keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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