

# **BVGer B-913/2012 vom 28. März 2012**

Bundesverwaltungsgericht, 2012-03-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-913\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-913_2012)

FR: TAF B-913/2012 du 28 mars 2012

IT: TAF B-913/2012 del 28 marzo 2012

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungswesen

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde 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).

### **E. 2**

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 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, BöB, SR 172.056.1). 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). Als ausgeschlossene Anbieterinnen sind die Beschwerdeführerinnen nach Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde legitimiert (vgl. BVGE 2007/13 E. 1.4; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 1.4). Frist und Form der Beschwerde sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Die Vertreterin der Beschwerdeführerinnen hat sich rechtsgenüchlich durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG).

### **E. 3**

Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜöB, SR 0.632.231.422) 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 Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, BRK, vom 11. Oktober 2001, veröffentlicht in VPB 66.4, E. 1b mit Hinweisen).

### **E. 4**

Das BÖB ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BÖB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages die Schwellenwerte von Art. 6 Abs. 1 BÖB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BÖB gegeben ist.

#### **E. 4.1**

Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG, SR 0.172.052.68) auf den 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind die SBB AG, die Unternehmen, bei denen diese die Aktienmehrheit besitzen, und die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem BÖB direkt unterstellt. Ausgenommen sind alle Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (Art. 2 Abs. 2 BÖB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-93/2007 vom 8. Juni 2007 E. 4.1). Gemäss Ziff. 2.1, 2.2 und 2.5 der Ausschreibung geht es beim vorliegenden Beschaffungsobjekt um die Ausführung der Erstellung von Lärmschutzwänden entlang der SBB-Gleise in den Gemeinden Illnau-Effretikon und Kloten. Unter dem Titel "Besondere Bestimmungen" in den Submissionsunterlagen (Beilage 1.2.2 auf CD) ist der Gegenstand der Beschaffung im Rahmen der Lärmsanierungsmassnahmen in den Städten Illnau-Effretikon und Kloten anzusiedeln. Die das Beschaffungsobjekt umfassenden Tätigkeiten weisen demnach einen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Bereich Verkehr der SBB AG auf. Entsprechend fällt die zu beurteilende Vergabe in den Anwendungsbereich des BÖB (Art. 2 Abs. 2 BÖB i. V. m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b VöB). Die ausgeschriebenen Arbeiten umfassen die Erstellung von Lärmschutzwänden und stellen unbestrittenermassen einen Bauauftrag dar (vgl. Ausschreibung Ziffer 1.7). Die Beschaffung fällt damit gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 BÖB in den Anwendungsbereich des BÖB.

#### **E. 4.2**

Mit Bezug auf Bauwerke derjenigen Auftraggeber, die wie die Vergabestelle aufgrund von Art. 2 Abs. 2 BÖB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 lit. b VöB dem BÖB unterstellt sind, ist ein Schwellenwert von 8 Millionen Franken. massgeblich (Art. 2a Abs. 3 lit.d VöB).

##### **E. 4.2.1**

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). Ein Auftrag darf nicht in der Absicht aufgeteilt werden, die Anwendbarkeit dieses Gesetzes zu umgehen (Art. 7 Abs. 1 BÖB; sog. Zerstückelungsverbot, vgl. hierzu MARTIN BEYELER, Bausubmissionen: Schwellenwerte, Bauwerkregel und Bagatellklausel, in: Anwaltsrevue 2008, S. 263 ff., insbesondere S. 266). Vergibt die Auftraggeberin für die Realisierung eines Bauwerkes mehrere Bauaufträge, so ist nach Art. 7 Abs. 2 BÖB deren (geschätzter) Gesamtwert massgebend. Nach Art. 7 Abs. 2 Satz 1 BÖB ist für die Frage, ob der

Schwellenwert für Bauaufträge erreicht wird, nicht der Wert des einzelnen Auftrages, sondern der Gesamtwert eines Bauwerkes massgebend, wenn die Auftraggeberin für dessen Realisierung mehrere Bauaufträge vergibt (sog. Bauwerkregel; vgl. BEYELER, a. a. O., S. 265; siehe auch GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a. a. O., Rz. 168). Entscheidend ist damit, ob im Gegenstand eines Bauauftrags ein isoliertes eigenes Bauwerk oder ein Teil eines grösseren Bauvorhabens zu sehen ist (BEYELER, a. a. O., S. 265). Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil B-2778/2008 vom 20. Mai 2009 E. 2.4.1 diesbezüglich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) hingewiesen, wonach für die Beurteilung, ob ein Bauwerk vorliege, die wirtschaftliche und technische Gesamtfunktion eines Vorhabens zu betrachten sei (vgl. Urteil des EuGH vom 5. Oktober 2000 in der Rechtssache C-16/98 Kommission gegen Frankreich, Rn. 36), musste die Frage dort aber nicht weiter erörtern.

#### **E. 4.2.2**

Die Vergabestelle führt aus, die fragliche Beschaffung beinhalte die Erstellung von zwei Bauwerken. Das erste Projekt betreffe die Lärmsanierung in Illnau-Effretikon und beinhalte die Erstellung von Lärmschutzwänden mit einer Gesamtlänge von 1'137 m. Die Gesamtprojektkosten für die baulichen Massnahmen seien mit Fr. 4'616'000. veranschlagt worden, wobei das Vergabevolumen der Bauleistung Fr. 2'990'250. betrage (vgl. Beilage 1 zum Schreiben der Vergabestelle vom 2. März 2012: KV für LSW Illnau-Effretikon vom 11. Juli 2011). Das zweite Projekt betreffe die Lärmsanierung in Kloten und beinhalte die Erstellung von Lärmschutzwänden mit einer Gesamtlänge von 537 m. Die Gesamtprojektkosten für die baulichen Massnahmen seien auf Fr. 1'963.390.65 beziffert worden, wobei das Vergabevolumen der Bauleistung Fr. 1'018'871. betrage (vgl. Beilage 2 zum Schreiben der Vergabestelle vom 2. März 2012: KV für LSW Kloten vom 10. Dezember 2010). Aus den von ihr geschilderten Verhältnissen leitet die Vergabestelle ab, dass der Schwellenwert für den vorliegenden Bauauftrag weit unterschritten sei und selbst dann nicht erreicht würde, wenn das Vergabevolumen der beiden Bauwerke zusammen gerechnet würde. Die Beschwerdeführerinnen sind indessen der Auffassung, der geschätzte Auftragswert des Gesamtwerks übersteige den Schwellenwert. Das Gesamtwerk erfasse die Projekte Illnau-Effretikon, Kloten und Winterthur, welche zur Sanierungseinheit Nr. 303 gehörten.

#### **E. 4.2.3**

Aufgrund der verschiedenen Ansichten der Parteien gilt es nachfolgend zu prüfen, ob und inwiefern es sich bei den drei fraglichen Projekten betreffend Erstellung von Lärmschutzwänden in den Gemeinden Illnau-Effretikon, Kloten und Winterthur um ein einheitliches oder mehrere voneinander unabhängige Bauwerke handelt, mithin ob sie ein einheitliches Bauvorhaben bilden oder als voneinander unabhängige Einzelaufträge zu betrachten sind bzw. ob der massgebliche Schwellenwert erreicht ist. In ihren Eingaben erklärt die Vergabestelle, dass die Beschaffung der Bauwerke in den Gemeinden Illnau-Effretikon und Kloten lediglich aus Synergiegründen gemeinsam erfolgt sei. Jedoch seien die Bauwerke voneinander unabhängig, denn die jeweiligen Plangenehmigungen und Kreditfreigaben jeweils für das einzelne Projekt und damit unabhängig voneinander erfolgten. Beide Bauwerke seien vollumfänglich funktionstüchtig bzw. erfüllten ihren Zweck unabhängig davon, ob in einer anderen Gemeinde ebenfalls Lärmsanierungsmassnahmen erfolgten oder nicht, weshalb auch das Lärmsanierungsprojekt Winterthur unerheblich für die Beurteilung der Beschwerde sei. Die Auffassung der

Vorinstanz ist in nachvollziehbarer Weise dokumentiert. In den Beilagen 1 und 2 zu ihrer Eingabe vom 2. März 2012 kommt zum Ausdruck, dass die Projektkosten für die baulichen Massnahmen für jeden Bauauftrag separat am 11. Juli 2011 bzw. 10. Dezember 2011 veranschlagt wurden. Der jeweilige Kostenvoranschlag wurde jeweils mit separater Verfügung vom Bundesamt für Verkehr (im Folgenden: BAV) genehmigt (vgl. Beilage 5 zum Schreiben vom 2. März 2012: Verfügung des BAV vom 26 August 2011 über den Höchstbetrag der Finanzhilfe betr. Eisenbahnsanierung Illnau-Effretikon; Beilage 6 zum Schreiben vom 2. März 2012: Verfügung des BAV vom 27. April 2011 über den Höchstbetrag der Finanzhilfe betr. Eisenbahnlärmsanierung in der Gemeinde Kloten). Aus den Beilagen 3 und 4 zur gleichen Eingabe geht zudem hervor, dass die Genehmigung der einzelnen Bauprojekte am 14. Juli 2011 für die Erstellung der Lärmschutzwände in der Gemeinde Illnau-Effretikon bzw. am 23. Februar 2011 für die Erstellung der Lärmschutzwände in der Gemeinde Kloten erfolgte. Bereits aufgrund dieser Dokumentation kann das angerufene Bundesverwaltungsgericht zu der Erkenntnis gelangen, dass die Bauprojekte betreffend Erstellung von Lärmschutzwänden in Illnau-Effretikon und Kloten als wirtschaftlich und verfahrenstechnisch eigenständige Bauprojekte bzw. Bauwerke und nicht als Teile eines Gesamtbauwerks zu verstehen sind. Unabhängig davon, ob diese Bauaufträge für sich allein oder in ihrer Gesamtheit gesehen werden, vermag die Schätzung des massgeblichen Auftragswerts, welche gemäss den Akten ordnungsgemäss vor der Ausschreibung erfolgte (vgl. E. 4.2.2 f.), in jedem Fall den Schwellenwert für Bauwerke von 8 Millionen Franken gemäss Art. 2a Abs. 3 lit.d VöB nicht zu übersteigen.

#### **E. 4.2.4**

Die Beschwerdeführerinnen legen keine nachvollziehbare Berechnung vor und begründen auch nicht hinreichend, weshalb das Lärmschutzvorhaben in Winterthur hinzuzurechnen sei. Um ihre These zu untermauern, wonach das Gesamtbauwerk vorliegend alle im gleichen Zeitraum der Ausschreibung bereiteten Bauaufträge für Lärmschutzwände der Sanierungseinheit Nr. 303 im Raum der SBB Infrastruktur, Bauprojekte, Region Ost umfasse, verweisen die Beschwerdeführerinnen auf die Detailangaben zu den Projekten Illnau-Effretikon, Kloten und Winterthur gemäss Webseite des BAV (Beilage 19 des Schreibens vom 12. März 2012; vgl. auch mit Blick auf die nachfolgenden Erwägungen <http://www.laerm-sbb.ch/index.php?nav=standls&sprache=de&site=bauls>, letztmals besucht am 26. März 2012). Aus diesen Informationen geht zwar hervor, dass die drei genannten Bauprojekte unter die Sanierungseinheit Nr. 303 fallen. Indessen ist daraus ersichtlich, dass bezüglich jedes einzelnen Projekts eine separate und mittlerweile in Rechtskraft erwachsene Plangenehmigungsverfügung erging. Das kann wiederum als Hinweis für eine Einzelbetrachtung der Bauaufträge sprechen. Im Übrigen haben die Bauarbeiten hinsichtlich des Bauprojekts Winterthur am 1. April 2011 begonnen und werden voraussichtlich am 31.12.2012 abgeschlossen sein, während der Beginn der Bauarbeiten für die Projekte Illnau-Effretikon und Kloten für den 10. April 2012 und den 7. Januar 2012 angekündigt wurde. Angesichts des zeitlichen Auseinanderliegens der Bauarbeiten ist kein Grund ersichtlich, warum die Vergabestelle das Projekt "Winterthur" mit den beiden hier strittigen Bauaufträgen hätte zusammenführen sollen. Der von den Beschwerdeführerinnen erhobene Vorwurf stösst auch deshalb ins Leere. Zentral in diesem Zusammenhang ist die Argumentation der Vergabestelle, wonach die Bauwerke in den verschiedenen Gemeinden unabhängig voneinander ausführbar seien. Die nachvollziehbar begründete zeitliche Staffelung und räumliche Zuordnung tragen dazu bei, diese Sichtweise zu bestätigen. Des Weiteren, allein aus der Unterstellung unter die gleiche

Sanierungseinheit Nr. 303 kann nicht darauf geschlossen werden, dass sämtliche dazugehörenden Einzelaufträge in ein einziges Bauwerk zu integrieren wären. Gemäss den Angaben auf der Webseite des BAV umfasst die Sanierungseinheit Nr. 303 nicht nur die Bauprojekte Illnau-Effretikon, Kloten und Winterthur, sondern auch die Bauprojekte Lindau, Bassersdorf, Brüttisellen, Dietikon und Wallisellen. Die Bauprojekte Lindau, Brüttisellen und Wallisellen betreffen nur die Erstellung von Schallschutzfenstern, für deren Realisierung der Kanton Zürich zuständig ist. Das Bauprojekt Bassersdorf wurde bereits realisiert und das Bauprojekt Dietikon befindet sich in der Bauprojektierungsphase. Aufgrund dieser Informationen kann davon ausgegangen werden, dass die Projektierung, das Plangenehmigungsverfahren und die Realisierung der zur Sanierungseinheit Nr. 303 gehörenden Projekte in verschiedenen Zeitpunkten an die Hand genommen wurden und dass die Realisierung der Projekte nicht nur in den Zuständigkeitsbereich der Vergabestellen des Bundes, sondern auch der Kantone fällt. Daraus erhellt, dass die Bauprojekte eher als Einzelaufträge denn als einheitliches Bauwerk zu betrachten sind.

#### **E. 4.2.5**

Im Sinne eines Zwischenergebnisses ist festzuhalten, dass die Bauprojekte "Illnau-Effretikon", "Kloten" und "Winterthur" nicht als Teile eines Bauwerks im Sinne von Art. 7 Abs. 2 BöB, sondern vielmehr als eigenständige Bauwerke betrachtet werden dürfen. Die sich daraus ergebenden Konsequenzen für das Vergabe- und Beschwerdeverfahren sind nachfolgend zu prüfen.

#### **E. 4.2.6**

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Vergabestelle habe willkürlich gehandelt, indem sie das Projekt "Winterthur" aus dem Gesamtauftrag herausgenommen und nur die Teilaufträge "Illnau-Effretikon" und "Kloten" ausgeschrieben habe. Ausserdem sei in der Ausschreibung nicht erkennbar gewesen, dass es sich um eine Vergabe in einem unerschwelligen Bereich handle, weshalb sich die Beschwerde auch gegen die Ausschreibung richte. Mit diesem Vorbringen vermögen die Beschwerdeführerinnen ebenfalls nicht durchzudringen. Es liegt im freien Ermessen der Vergabebehörde, die Arbeiten in beliebig viele Aufträge aufzuteilen oder gesamthaft zusammenzufassen, sofern weder das Zerstückelungsverbot gemäss Art. 7 Abs. 1 BöB noch die Bauwerkregel nach Art. 7 Abs. 2 Satz 1 BöB verletzt werden. Diese Regelungen beabsichtigen nicht, die Aufteilung der Leistungen auf verschiedene Vergaben generell zu verhindern (vgl. Beyeler, a. a. O., S. 266). Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle - nicht zuletzt aufgrund der zeitlichen und räumlichen Nähe beider Vorhaben - die Bauaufträge "Illnau-Effretikon" und "Kloten" zusammen ausgeschrieben hat, ohne den sich bereits in der Bauphase befindenden Bauauftrag "Winterthur" mit einzubeziehen (vgl. vorne E. 4.2.4). Gemäss Art. 34 Abs. 1 i. V. m. Art. 35 Abs. 3 lit. g VöB (e contrario) sind Bauaufträge, deren massgeblicher Schätzwert zwar nicht die gesetzliche Schwelle erreicht, aber oberhalb von Fr. 2 Mio. liegt, im Ausschreibungsverfahren zu vergeben. Sowohl die Ausschreibung als auch der Zuschlag weisen vorliegend darauf hin, dass es sich um ein offenes Vergabeverfahren handelt. Allein der Umstand, dass die Schätzung des massgeblichen Werts der Bauaufträge - einzeln und gesamthaft betrachtet - sich unterhalb des Schwellenwerts für Bauwerke befindet, führt dazu, dass der Beschwerdeweg nicht offen steht (Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Art. 27 Abs. 1 BöB e contrario bzw. Art. 32 lit. a Ziff. 1 i. V. m. Art. 39 VöB). Die Vergabestelle hat diesem Umstand vorliegend gebührend Rechnung getragen, indem sie weder die Ausschreibung noch die Zuschlagsverfügung mit einer

Rechtsmittelbelehrung versehen hat. Infolgedessen ist eine Beschwerde unzulässig, gleichgültig, ob sie sich gegen die Ausschreibung oder den Zuschlag richtet. Insofern erweisen sich die Rügen der Beschwerdeführerinnen als unbegründet.

#### **E. 5**

Zusammenfassend ergibt sich, dass der massgebliche Schätzwert der Bauaufträge "Illnau-Effretikon" und "Kloten", sowohl separat als auch zusammen addiert, den massgeblichen Schwellenwert von 8 Millionen Franken nicht übersteigt. Das gilt hinsichtlich der Gesamtprojektkosten (Fr. 4'616'000. bzw. Fr. 1'963'390.65) und hinsichtlich der Vergabevolumen (Fr. 2'990'250. bzw. Fr. 1'018'871. ; vgl. vorne E. 1.4.2.2). Infolgedessen entfällt das Beschwerderecht der Beschwerdeführerinnen, so dass auf ihre Beschwerde nicht einzutreten ist.

#### **E. 6**

Im Eventualstandpunkt machen die Beschwerdeführerinnen sinngemäss geltend, das Bundesverwaltungsgericht habe ihre Beschwerde über dem Weg der Verfügung über Realakte (Art. 25a VwVG) an die Hand zu nehmen. Diese Rüge ist praxisgemäss zulässig (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3311/2009 vom 16. Juli 2009, E. 1.3). Wer ein schutzwürdiges Interesse hat, kann von der Behörde, die für Handlungen zuständig ist, welche sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und Rechte oder Pflichten berühren, verlangen, dass sie: (a.) widerrechtliche Handlungen unterlässt, einstellt oder widerruft; (b.) die Folgen widerrechtlicher Handlungen beseitigt; (c.) die Widerrechtlichkeit von Handlungen feststellt (Art. 25a Abs. 1 VwVG). Die Behörde entscheidet durch Verfügung (Art. 25a Abs. 2 VwVG). Mit Art. 25a VwVG soll der Rechtsschutzgarantie gemäss Art. 29a BV Rechnung getragen und eine Erweiterung der bisherigen Rechtsschutzmöglichkeiten angestrebt werden (vgl. Isabelle Häner, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), VwVG Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, N. 2 f. ad Art. 25a VwVG). Zur Frage, ob ausserhalb des Anwendungsbereichs des BöB eine Verfügung gestützt auf Art. 25a VwVG erwirkt werden kann, hat sich das Bundesverwaltungsgericht bereits dahingehend geäussert, dies erscheine nach der Kommentarliteratur zum Bundesgerichtsgesetz zwar denkbar, wenn auch aus den Materialien eine entsprechende Absicht des Gesetzgebers nicht hervorgehe (vgl. BVGE 2008/48 E. 5.3 mit weiteren Hinweisen zu Doktrin und Praxis). Demnach sei es dem Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 190 BV (Gebot der Anwendung von Bundesgesetzen) wohl grundsätzlich verwehrt, mit der Begründung, dies erscheine durch die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV geboten, über den Anwendungsbereich des BöB hinausgehend seine Zuständigkeit zu bejahen (BVGE 2008/48 E. 5.3). Es sind im hier zu beurteilenden Fall keine Gründe ersichtlich, von dieser Praxis abzuweichen. Ist das Bundesverwaltungsgericht zur Behandlung der Beschwerde nicht zuständig, da wie vorliegend das Vergaberecht bei Beschaffungen im unterschweligen Bereich den Rechtsschutz gegen Vergabeentscheide ausserhalb des Geltungsbereichs des BöB ausdrücklich und bewusst ausgeschlossen hat (Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BöB e contrario und in Bezug auf die Schwellenwerte Art. 6 BöB, vgl. auch Art. 39 VöB), so kann auch nicht über den Umweg von Art. 25a VwVG eine gerichtliche Überprüfung durch das Bundesverwaltungsgericht erzielt werden (vgl. Beatrice Weber-Dürler, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), VwVG Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, N. 33; anders unter Berufung auf den vor dem 1. Januar 2010 geltenden deutschen Wortlaut von Art. 39 VöB noch. André

Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.40 mit weiteren Hinweisen). Angesichts des klaren Willens des Gesetzgebers wäre es inkonsequent, den Beschwerdeführerinnen ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung über dem Weg von Art. 25a VwVG zuzuerkennen. Die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge erweist sich demnach als unbegründet.

#### **E. 7**

Zusammenfassend bleibt es dabei, dass mangels Erreichens des massgeblichen Schwellenwerts auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

#### **E. 8**

Gemäss Art. 63 Abs. 4bis VwVG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) richten sich die Verfahrenskosten nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung sowie der finanziellen Lage der Parteien. Angesichts des Vergabevolumens von ca. Fr. 2'981'261.65 sowie der Verfahrenserledigung durch Nichteintreten (vgl. Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-2561/2009 vom 20. Juli 2009, E. 7) die Verfahrenskosten für den Entscheid in der Hauptsache auf Fr. 3'000. festzusetzen (Art. 4 VGKE). Da auf die Beschwerde nicht eingetreten wird, gelten die Beschwerdeführerinnen als unterliegende Partei und es sind ihnen die Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeführerinnen haben als unterliegende Partei keinen Anspruch auf Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 und 2 VGKE). Der Vergabestelle ist aufgrund von Art. 7 Abs. 3 VGKE ebenfalls keine Parteientschädigung zuzusprechen. Gleich verhält es sich mit der Zuschlagsempfängerin, welche sich nicht als Partei konstituiert hat.

#### **E. 9**

Die am 17. Februar 2012 superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung fällt mit dem Erlass des vorliegenden Urteils dahin. Damit erübrigt sich zugleich die Beurteilung des Antrags auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung sowie der übrigen Rechtsbegehren. Ebenfalls sind die mit Verfügung vom ausgesetzten Fristen hinfällig geworden. Vom Akteneinsichtsrecht ausgeschlossen sind alle Akten und Unterlagen, welche für den hier zu treffenden Entscheid nicht wesentlich sind. Der vorliegende Nichteintretensentscheid konnte unter Berücksichtigung der Beschwerdeschrift vom 16. Februar 2012, der Beschwerdeantwort der Vergabestelle vom 2. März 2012 inklusive Beilagen, der Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 12. März 2012 inklusive Beilagen sowie das Schreiben der Vergabestelle vom 19. März 2012 ergehen. Die Beschwerdeantwort inklusive Beilagen 1-6 wurde den Beschwerdeführerinnen mit Verfügung vom 6. März 2012 zugestellt. Das Schreiben der Vergabestelle vom 19. März 2012, das sich bezüglich der Frage zum Schwellenwert inhaltlich mit der Beschwerdeantwort deckt, ist mit dem vorliegenden Nichteintretensentscheid zuzustellen. Soweit die Ansichtsrechtsbegehren der Beschwerdeführerinnen durch die bis anhin gewährte Akteneinsicht nicht gegenstandslos geworden sind, sind sie aufgrund der Verfahrenserledigung mit Nichteintretensentscheid abzuweisen.