



---

Abteilung II

Postfach  
CH-9023 St. Gallen  
Telefon +41 (0)58 705 25 60  
Fax +41 (0)58 705 29 80  
[www.bundesverwaltungsgericht.ch](http://www.bundesverwaltungsgericht.ch)

**Geschäfts-Nr. B-8115/2015**  
sce/grb/lii

## **Zwischenentscheid vom 3. Februar 2016**

---

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),  
Richter Hans Urech, Richter Francesco Brentani,  
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

In der Beschwerdesache

---

Parteien

**ARGE X.**\_\_\_\_\_, bestehend aus:

1. **A.**\_\_\_\_\_ **SA,**
2. **B.**\_\_\_\_\_ **S.p.A.,**

beide vertreten durch Riccardo Schuhmacher, Rechtsanwalt,  
Schuhmacher Associati, Via Ca' del Caccia 4, 6943 Vezia,  
Beschwerdeführerinnen,

gegen

**Matterhorn Gotthard Infrastruktur AG,**  
Bahnhofplatz 7, 3900 Brig,  
vertreten durch Dr. iur. Peter Galli, Rechtsanwalt,  
Advokaturbüro, Fraumünsterstrasse 17, 8001 Zürich,  
Vergabestelle.

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen,  
Projekt "Update Furkatunnel, Los 12  
Gewölbearbeiten im Tunnel, Baumeisterarbeiten",  
SIMAP-Meldungsnummer 891369,  
SIMAP-Projekt-ID 127343.

## Sachverhalt:

### A.

**A.a** Am 3. Juni 2015 schrieb die Matterhorn Gotthard Infrastruktur AG (im Folgenden: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "Update Furkatunnel, Los 12 Gewölbearbeiten im Tunnel, Baumeisterarbeiten" einen Bauauftrag im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 870039).

Die im Rahmen der vorliegenden Submission vorgesehenen Baumeisterarbeiten Los 12 umfassen das Einrichten der Installationsplätze Oberwald und Realp, die Instandsetzung Gewölbe Furkatunnel, das Fassen und Ableiten von Bergwasser, den Umbau Wasserreservoir 1. Etappe bei Tm 10.200, die Vorbereitungsarbeiten für elektrotechnische Einrichtungen (Fahrleitungs-Tragwerksnischen), die Vorbereitungsarbeiten für Personenschutznischen Tm 8'450 bis Tm 10'540 sowie die Erstellung Trenntüren Ausweichstelle Geren (vgl. Ausschreibung, Ziff. 2.5).

Die Angebote waren bis zum 7. August 2015 bzw. 28. August 2015 einzureichen.

**A.b** In der Folge gingen sechs Angebote fristgerecht und ohne Formfehler ein, darunter dasjenige der ARGE X.\_\_\_\_\_, bestehend aus der A.\_\_\_\_ SA und der B.\_\_\_\_\_ S.p.A. (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen).

**A.c** Am 20. November 2015 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag an die ARGE Y.\_\_\_\_\_, bestehend aus der C.\_\_\_\_\_ AG und der D.\_\_\_\_\_ AG (im Folgenden: Zuschlagsempfängerinnen). Die Zuschlagsverfügung wurde am 24. November 2015 auf der Internetplattform SIMAP publiziert (Meldungsnummer 891369). Zur Begründung wurde ausgeführt, dass das gesamtwirtschaftlich beste Angebot gemäss den Zuschlagskriterien in der Ausschreibung den Zuschlag erhalte. Die Vergabestelle informierte die Beschwerdeführerinnen zudem am 24. November 2015 per E-Mail und Brief über ihren Vergabeentscheid.

### B.

Gegen diesen Zuschlag erhoben die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 14. Dezember 2015 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen, es sei die Zuschlagsverfügung vom 20./24. November 2015

aufzuheben und der Zuschlag sei direkt den Beschwerdeführerinnen zu erteilen, eventualiter sei die Zuschlagsverfügung aufzuheben und die Sache sei zur Erteilung eines neuen Zuschlags an die Vergabebehörde zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragen die Beschwerdeführerinnen, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, sowie, es sei ihnen Einsicht in die vollständigen Submissionsakten mit Ausnahme der angebotenen Preise zu gewähren und es sei ihnen nach erhaltener Akteneinsicht Gelegenheit zur Beschwerdeergänzung zu geben.

In formeller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung ihres Rechts auf Akteneinsicht, weil die Vergabestelle ihnen keine Einsicht in die Evaluationsunterlagen und in das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen gewährt habe.

In materieller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen, die Vergabestelle habe alle Punkte, auch diejenigen für die Hauptkriterien, entgegen dem klaren Text der Submissionsunterlagen abgerundet, ohne die Dezimalstellen zu berücksichtigen. Dies habe die Position und Bewertung der Beschwerdeführerinnen verschlechtert. Weiter habe die Vergabestelle in der Formel für die Berechnung der Punktzahl der Beschwerdeführerinnen einen Angebotspreis eingesetzt, der nicht ihrem angebotenen Preis entspreche. Die Vergabestelle habe offenbar zur Berechnung der Punktzahl einen um CHF 680'000.– erhöhten Preis eingesetzt. Da die Bewertungsunterlagen nicht offengelegt worden seien, könne der Einfluss dieser Vorgehensweise nicht konkret eingeschätzt werden.

Im Weiteren rügen die Beschwerdeführerinnen, die Zuschlagsempfängerinnen erfüllten die Eignungskriterien nicht. Die Vergabestelle habe in den Submissionsunterlagen drei Eignungskriterien aufgeführt, nämlich eine hinreichende Befähigung zur Auftragserfüllung (abgeschlossene oder sich in Abschluss befindliche Referenz im Bereich Tunnelinstandsetzung mit einer Bausumme von CHF 2 Mio. und ausgeführt innerhalb der letzten 15 Jahre), eine hinreichende Leistungsfähigkeit und ein hinreichendes Qualitätsmanagement (ISO-Zertifikat oder gleichwertiges Zertifikat). Diese Musskriterien seien vom berücksichtigten Anbieter nicht erfüllt worden. Insbesondere werde bestritten, dass alle Gesellschafter der Zuschlagsempfängerinnen über die notwendigen Qualitätszertifikate verfügten.

Sodann kritisieren die Beschwerdeführerinnen, es seien ihnen beim Kriterium "Organisation/Personaleinsatz" bzw. dessen Unterkriterien

"Baustellenführung bei Tag- und dauernder Nachtarbeit" sowie "Arbeitsleistung" zu wenige Punkte erteilt worden.

**C.**

Mit superprovisorischer Anordnung vom 15. Dezember 2015 untersagte die Instruktionsrichterin bis zum Entscheid betreffend die aufschiebende Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsabschluss mit den Zuschlagsempfängerinnen.

**D.**

Die Zuschlagsempfängerinnen teilten mit Eingabe vom 4. Januar 2016 mit, dass sie darauf verzichteten, als Beschwerdegegnerinnen am Verfahren teilzunehmen.

**E.**

Die Vergabestelle reichte am 5. Januar 2016 eine Vernehmlassung in der Sache ein und nahm Stellung zum Antrag der Beschwerdeführerinnen, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Die Vergabestelle beantragt, es sei den Beschwerdeführerinnen Einsicht in die Akten zu gewähren, für welche kein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse bestehe, ansonsten sei das Gesuch um Akteneinsicht abzuweisen. Den Beschwerdeführerinnen sei zur Begründung ihrer Beschwerde keine Nachfrist zu gewähren. Die der Beschwerde superprovisorisch gewährte aufschiebende Wirkung sei zu widerrufen und das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen. Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden könne.

Zur Begründung führte sie aus, das Angebot der Beschwerdeführerinnen habe bei den Zuschlagskriterien ohne Preis insgesamt 10 Punkte weniger erhalten als jenes der Zuschlagsempfängerinnen. Zudem liege der bereinigte Offertpreis der Beschwerdeführerinnen höher als derjenige der Zuschlagsempfängerinnen. Eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerinnen sei daher nicht in Frage gekommen. Sie habe den Beschwerdeführerinnen anlässlich des Debriefings vom 2. Dezember 2015 insbesondere auch erläutert, dass und weshalb im Rahmen der Offertbereinigung ein Betrag von CHF 680'000.– aufzurechnen gewesen sei.

Da die Beschwerde offensichtlich aussichtslos und unbegründet sei, brauche keine Interessenabwägung vorgenommen zu werden. Bereits aus die-

sem Grund seien der Beschwerde die superprovisorisch gewährte aufschiebende Wirkung sofort zu entziehen und das Gesuch um definitive Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **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]).

**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 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.

**1.1.1** 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 (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG sowie Anhang II B). Für den Bund bezeichnet der Bundesrat gemäss Art. 2 Abs. 2 BöB die öffentlich-rechtlichen und die privatrechtlichen Organisationen,

die in der Schweiz Tätigkeiten unter anderem im Bereich der Verkehrsversorgung ausüben und für diese Tätigkeiten nach dem GPA und anderen völkerrechtlichen Verträgen auch unter das BöB fallen. Der Bundesrat hat diese Kompetenz in Art. 2a Abs. 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) umgesetzt und unter anderem öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisationen, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, insbesondere, wenn der Bund die Kapital- oder Aktienmehrheit besitzt oder wenn er über die Hälfte der Mitglieder der Geschäftsleitung oder des Kontrollorgans stellt, dem BöB unterstellt (vgl. Art. 2a Abs. 1 Bst. a VöB). Diese Auftraggeberinnen unterstehen dem Gesetz aber nur für die in Art. 2a Abs. 2 Bst. a-c VöB ausdrücklich genannten Tätigkeiten, und wenn die Schwellenwerte gemäss Art. 2a Abs. 3 VöB überschritten werden (vgl. Art. 2a Abs. 1 VöB; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3. Aufl., 2013, Rz. 156 f.).

Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind gemäss Art. 2a Abs. 2 Bst. b VöB 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 (vgl. Art. 2 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b VöB; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 158).

Die Vergabestelle ist gemäss dem von ihr ins Recht gelegten Auszug aus dem Handelsregister Oberwallis Eigentümerin der Bahninfrastruktur der ehemaligen Furka Oberalp Bahn, umfassend namentlich Fahrbahn, Fahrleitung, Sicherungsanlagen und Bahnhöfe sowie die entsprechenden Infrastrukturanlagen der ehemaligen BVZ Zermatt-Bahn. Die Aktienmehrheit wird vom Bund gehalten. Die Vergabestelle ist daher eine Auftraggeberin im Sinn von Art. 2a Abs. 1 Bst. a VöB.

**1.1.2** Bei den in der vorliegenden Submission zugeschlagenen Baumeisterarbeiten handelt es sich offensichtlich und unbestrittenermassen um einen Bauauftrag, der in den Anwendungsbereich des BöB fällt. Der Preis des berücksichtigten Angebots von CHF 15'665'406.– (ohne MWSt.) überschreitet zweifelsfrei den für Bauaufträge geltenden Schwellenwert gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. c der Verordnung des WBF vom 2. Dezember 2013 über die

Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 (AS 2013 4395).

**1.1.3** 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, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht.

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

**1.3** Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 1.2, mit Hinweisen; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1340, mit Hinweisen).

## **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. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

## **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 (vgl. 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 (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (vgl. 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 (BBi 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) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (vgl. Urteil des BGer 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 (vgl. BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweisen; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1341).

#### 4.

Abgesehen von der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts sind auch die übrigen Prozessvoraussetzungen offensichtlich gegeben. Die Beschwerdeführerinnen haben als Anbieterinnen am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen und sind durch die angefochtene Zuschlagsverfügung, mit der der Zuschlag einer Mitbewerberin erteilt wurde, besonders berührt (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. a und b VwVG). Die Beschwerdeführerinnen beantragen, es sei der am 24. November 2015 publizierte Zuschlag aufzuheben und ihnen selbst zu erteilen. Sie rügen dabei unter anderem, die Zuschlagsempfängerinnen wären auszuschliessen gewesen, weil sie nicht alle Eignungskriterien erfüllten. Würde das Gericht ihrer Argumentation Folge leisten, so hätten die Beschwerdeführerinnen als an zweiter Stelle rangierte Anbieterinnen eine reelle Chance, den Zuschlag zu erhalten, falls die Zuschlagsverfügung aufgehoben würde. Aufgrund dessen haben die Beschwerdeführerinnen ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG), welches nach wie vor aktuell und praktisch ist (vgl. zum Ganzen BGE 141 II 14 E. 4.4).

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

Die Eintretensvoraussetzungen sind daher im vorliegenden Fall erfüllt.

#### 5.

In materieller Hinsicht machen die Beschwerdeführerinnen unter anderem geltend, die Zuschlagsempfängerinnen erfüllten das in der Ausschreibung verlangte dritte Eignungskriterium eines hinreichenden Qualitätsmanagements nicht. Konkret beanstanden sie, dass nicht alle Gesellschaften der Zuschlagsempfängerinnen über die notwendigen Qualitätszertifikate (ISO-Zertifikat oder gleichwertiges Zertifikat) verfügten.

Die Vergabestelle erachtet diese Rüge als unbegründet. Entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerinnen habe die Offerte der Zuschlagsempfängerinnen für beide Mitglieder die von den Ausschreibungsunterla-

gen verlangten Nachweise zur Erfüllung des Eignungskriteriums 3 enthalten. Bezüglich der C. \_\_\_\_\_ AG hätten die Zuschlagsempfängerinnen mit ihrer Offerte deren ISO-Zertifikat eingereicht, und bezüglich der D. \_\_\_\_\_ AG enthalte die Offerte ein Schreiben der Zertifizierungsstelle Z. \_\_\_\_\_ AG vom 27. August 2015 mit Bestätigung des Auftrags für die Zertifizierung im \_\_\_\_\_ Oktober \_\_\_\_\_ 2015. Die D. \_\_\_\_\_ AG sei erst am (...) 2014 gegründet worden. Die Vergabestelle habe die Bestätigung der Zertifizierungsstelle im Vergleich mit dem effektiven Vorliegen des ISO-Zertifikats als gleichwertigen Ausweis betrachtet. Es sei noch vor dem Datum der in Aussicht genommenen Zuschlagserteilung mit dem Vorliegen des ISO-Zertifikats zu rechnen gewesen, und das betreffende ISO-Zertifikat habe vor der Zuschlagserteilung denn auch tatsächlich vorgelegen. Der Ausweis für die D. \_\_\_\_\_ AG sei am 14. Oktober 2015 ausgestellt worden, während die Zuschlagserteilung am 20. November 2015 erfolgt sei. Ein Ausschluss der Zuschlagsempfängerinnen wäre unter diesen Umständen unverhältnismässig gewesen.

**5.1** Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Das BöB bestimmt, dass die Auftraggeberin die Anbieter und Anbieterinnen auffordern kann, einen Nachweis ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Sie stellt dazu Eignungskriterien auf und gibt diese sowie die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (vgl. Art. 9 Abs. 1 und 2 BöB).

**5.2** Im vorliegenden Fall hatte die Vergabestelle in Ziff. 3.7 der Ausschreibung drei Eignungskriterien festgelegt:

"NE 1: Hinreichende Befähigung zur Auftragserfüllung

NE 2: Hinreichende Leistungsfähigkeit

NE 3: Hinreichendes Qualitätsmanagement"

**5.3** Die Vergabestelle definierte den Nachweis für das Eignungskriterium "NE 3: Hinreichendes Qualitätsmanagement" wie folgt (vgl. Ausschreibung, Ziff. 3.8):

"Nachweis eines funktionierenden unternehmensbezogenen Qualitätsmanagements (zum Zeitpunkt der Offerteingabe gültiges ISO-Zertifikat oder gleichwertiges Zertifikat). Im Falle einer Arbeitsgemeinschaft ist die ISO-Zertifizierung (oder ein gleichwertiges Zertifikat) für alle Mitglieder zu erbringen."

Eine (nahezu) identische Definition findet sich in den Ausschreibungsunterlagen (Teil A: Allgemeines Los 12, Ziff. 4.1.2, S. 16).

Die Ausschreibungsunterlagen sahen überdies vor, dass Angebote, welche eines der genannten Kriterien nicht erfüllten (fehlende oder nicht beurteilbare Nachweise) vom weiteren Verfahren ausgeschlossen würden (vgl. Ausschreibungsunterlagen, Teil A: Allgemeines Los 12, Ziff. 4.1.2, S. 16).

**5.4** Die Vergabestelle ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. So ist es der Vergabestelle untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern (vgl. Entscheid der BRK 2005-024 vom 6. Juni 2006 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 (vgl. Urteile des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.2 und B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.4).

Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind dabei 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. BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil des BGer 2C\_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 566 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. 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. BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil des BGer 2C\_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1).

**5.5** Im vorliegenden Fall ist der Wortlaut der entsprechenden Ausschreibungsbestimmung klar. Die Vergabestelle hatte die Eignung eines Anbieters explizit unter anderem davon abhängig gemacht, dass im Zeitpunkt

der Offerteingabe für jedes Mitglied der Arbeitsgruppe der Nachweis eines funktionierenden unternehmensbezogenen Qualitätsmanagements anhand eines gültigen Zertifikats erbracht werde. In sachverhaltlicher Hinsicht ist aktenkundig und unbestritten, dass das ISO-Zertifikat der Zuschlagsempfängerin 2 erst am 14. Oktober 2015 und damit nach Ablauf der Eingabefrist am 28. August 2015 ausgestellt wurde. Im Zeitpunkt der Offerteingabe reichte die Zuschlagsempfängerin 2 lediglich ein Bestätigungsschreiben der Zertifizierungsstelle Z.\_\_\_\_\_ AG vom 27. August 2015 ein, in welcher diese den Auftrag für die Zertifizierung im Oktober 2015 bestätigte.

**5.6** Die Vergabestelle argumentiert, dass bereits aufgrund des beigelegten Zertifizierungsauftrags die Gleichwertigkeit gegeben gewesen sei.

Zwar kommt der Vergabestelle ein grosser Ermessensspielraum bezüglich der Frage zu, inwieweit die beigebrachten Eignungsnachweise die in den Ausschreibungsbestimmungen vorgegebenen Anforderungen erfüllen. Diesbezügliche Ermessensentscheide der Vergabestelle überprüft die Rechtsmittelinstanz nur auf Rechtsfehler hin (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 564 ff., mit Hinweisen). Offensichtlich kann aber ein Auftrag zur Zertifizierung allein nichts darüber aussagen, ob das betreffende Unternehmen die Zertifizierung später tatsächlich erhalten wird oder nicht, genauso wenig, wie eine Anmeldung zur Prüfung etwas darüber aussagen würde, ob der Kandidat die Prüfung bestehen wird oder nicht. Prima facie kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass die Vergabestelle ihr Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt hat, wenn sie bereits aufgrund des im Offertzeitpunkt beigelegten Zertifizierungsauftrags die Gleichwertigkeit als gegeben erachtet hat.

**5.7** Die Vergabestelle argumentiert weiter, da noch vor dem Datum der in Aussicht genommenen Zuschlagserteilung mit dem Vorliegen des ISO-Zertifikats zu rechnen gewesen sei und das betreffende ISO-Zertifikat denn auch tatsächlich vor der Zuschlagserteilung eingereicht worden sei, wäre ein Ausschluss der Zuschlagsempfängerinnen unverhältnismässig gewesen.

**5.7.1** Nach Art. 19 Abs. 1 BöB müssen die Anbieter ihre Offerte schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. 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; BVGE 2007/13 E. 3.1 und Zwischenentscheid des BVGer B-5084/2007 vom 8. November 2007 E. 3.1.1,

je mit Verweis auf das Urteil des BGer 2P.164/2002 vom 27. November 2002 E. 3.3). Dementsprechend sind denn auch sowohl die Eignung der Anbieter als auch die Offerten grundsätzlich aufgrund der innert Frist eingereichten Angaben und Nachweise zu prüfen (vgl. Urteil des BVGer B-4366/2009 vom 24. Februar 2010 E. 7.3; Entscheid der BRK 2003-015 vom 1. September 2003, veröffentlicht in VPB 68.10 E. 3c/aa; Entscheid der BRK 2002-011 vom 8. Oktober 2002, veröffentlicht in VPB 67.5 E. 2b). Fehlen wesentliche Angaben oder Belege und weist der betreffende Ausschlussgrund ein gewisses Gewicht auf, so muss die Vergabestelle die Offerte ausschliessen, andernfalls würde sie gegen das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot verstossen. Handelt es sich dagegen lediglich um unbedeutende Mängel, so verfügt die Vergabestelle über einen gewissen Ermessensspielraum, ob sie die Offerte durch Rückfragen auf den verlangten Stand bringen will. Unter Umständen, insbesondere, wenn der Fehler leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann, ist die Vergabestelle sogar, aufgrund des Verbots des überspitzten Formalismus bzw. nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, dazu verpflichtet (vgl. Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.5, mit Hinweisen).

In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, Eignungsnachweise, welche erst nach Ablauf der Antragsfrist beigebracht würden, dürften als verspätet nicht mehr berücksichtigt werden (vgl. HANS RUDOLF TRÜEB, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, 2011, N. 1 zu Art. 19 BöB). Teilweise wird diese Rechtsfolge dagegen lediglich für das selektive Verfahren befürwortet, im offenen Verfahren dagegen könne sich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip eine Rückfragepflicht der Vergabestelle ergeben. So müsse es mit Blick auf das Wirtschaftlichkeitsgebot wohl zulässig sein, eine zum Zeitpunkt der Offerteinreichung gegebene Eignung durch das nachträgliche Einreichen von Nachweisen zu belegen. Entsprechend habe die Vergabestelle, die ein Fehlen oder Ungenügen von Nachweisen feststelle, nachzufragen, bevor sie einen Anbieter mangels Eignung ausschliesse (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 572 und Rz. 575; MARTIN BEYELER, Eignung und technische Spezifikation, Baurecht 2010, S. 93).

**5.7.2** Die Grenzziehung zwischen einer (zulässigen bzw. sogar gebotenen) nachträglichen Behebung von unbedeutenden Formmängeln einerseits und einer (unzulässigen) Nachbesserung wesentlicher inhaltlicher Mängel einer Offerte andererseits ist zwar nicht einfach zu ziehen. Zu berücksichtigen ist aber, dass die in der Literatur und Rechtsprechung genannten Beispiele, in denen die nachträgliche Einreichung von Belegen als zulässig

erachtet wurde, Fälle betrafen, in denen der zu belegenden Sachverhalts-umstand im Zeitpunkt der Offerteinreichung bereits bestand. Bezüglich der Frage, ob in Bezug auf die Eignung eines Anbieters positive Tatsachen, die sich erst nach Ablauf des Eingabetermins für die Angebote ereignet haben, berücksichtigt werden dürfen, finden sich in der Rechtsprechung und Literatur verschiedene negative Meinungsäusserungen, aber jedenfalls keine herrschende positive Auffassung.

**5.7.3** Hinzu kommt, dass die Nachreichung eines Zertifizierungsbelegs, der erst nach dem Eingabetermin ausgestellt wurde, weil die betreffende Anbieterin im Eingabetermin noch gar nicht zertifiziert war, im vorliegenden Fall offensichtlich gegen den klaren Wortlaut der Ausschreibungsbestimmungen versties.

**5.7.4** Prima facie erscheint es daher nicht als ausgeschlossen, dass die Vergabestelle sich vergaberechtswidrig verhalten hat, soweit sie den von der Zuschlagsempfängerin 2 nachgereichten Zertifizierungsbeleg berücksichtigt hat.

**5.8** Die Rüge der Beschwerdeführerinnen, die Vergabestelle sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Zuschlagsempfängerin 2 den Nachweis erbracht habe, dass sie das Eignungskriterium NE 3 (Hinreichendes Qualitätsmanagement) erfülle, erscheint daher prima facie nicht als offensichtlich unbegründet.

Fehlende Eignung bzw. das Nichterfüllen der Eignungskriterien führt zum Ausschluss vom Verfahren (vgl. BGE 139 II 489 E. 2.2.4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 580). Es ist daher im jetzigen Zeitpunkt nicht erforderlich, auch die weiteren von den Beschwerdeführerinnen erhobenen Rügen zu prüfen.

**5.9** Als Zwischenergebnis ist daher davon auszugehen, dass die Beschwerde aufgrund einer prima-facie-Würdigung nicht als offensichtlich unbegründet erscheint.

## **6.**

Erweist sich eine Beschwerde prima facie nicht als offensichtlich unbegründet, so ist im Prinzip in einem nächsten Schritt abzuwägen, ob die Interessen der Vergabestelle an einer sofortigen Vollstreckung gewichtiger sind als das Interesse der Beschwerdeführerinnen, dass ihre Chance auf einen Zuschlag durch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung gewahrt werde.

Dabei ist es grundsätzlich Sache der Vergabestelle, allfällige gravierende Folgen einer Verzögerung, welche die Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde begründen sollen, substantiiert darzulegen (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1328; Zwischenentscheid des BVGer B-998/2014 vom 26. Oktober 2014 E. 7.2).

Da die Vergabestelle im vorliegenden Fall indessen lediglich ausgeführt hat, da die Beschwerde aussichtslos und unbegründet sei, müsse in casu keine Interessenabwägung vorgenommen werden, ist sie dieser Behauptungs- und Substantiierungslast nicht nachgekommen. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass dem Interesse der Beschwerdeführerinnen, dass ihre Chance auf einen Zuschlag durch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung gewahrt werde, gewichtige öffentliche Interessen entgegenstünden.

#### 7.

Im Ergebnis ist daher der Antrag der Beschwerdeführerinnen um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gutzuheissen.

#### 8.

Da mit dem vorliegenden Zwischenentscheid dem Gesuch der Beschwerdeführerinnen entsprochen wird, stellt sich die Frage der Ergreifung eines Rechtsmittels bzw. der dafür benötigten Akteneinsicht für sie nicht. Über den Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Akteneinsicht wird daher zu einem späteren Zeitpunkt zu entscheiden sein.

#### 9.

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

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

#### 1.

Das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde wird gutgeheissen.

#### 2.

Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheides wird mit dem Entscheid in der Hauptsache befunden.

**3.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP Projekt-ID 127343, Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110), soweit er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG) und sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 3. Februar 2016