



Abteilung II
B-6742/2011

Zwischenentscheid vom 8. März 2012

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz),
Richterin Vera Marantelli, Richter Claude Morvant,
Gerichtsschreiber Thomas Reidy.

Parteien

A. _____ bestehend aus:

1. **B.** _____,
2. **C.** _____,
3. **D.** _____,

alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Peter Galli, Bahnhof-
platz 9, Geschäftshaus Viktoria, 8001 Zürich,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Bundesamt für Strassen ASTRA, Rechtsdienst und Land-
erwerb, 3003 Bern,
Vergabestelle,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen (N01 / 6 Streifen Ausbau
Härkingen - Wiggertal, Hauptarbeiten; beinhaltend Anpas-
sung und Neubau div. Kunstbauten, Ersatz Oberbau, Ersatz
RBA, Ersatz Entwässerung, Bau neuer SABA's, etc.).

Sachverhalt:**A.**

Am 13. Mai 2011 schrieb das Bundesamt für Strassen ASTRA, Filiale Zofingen (im Folgenden: Vergabestelle), auf der Internetplattform SIMAP unter dem Projekttitel "N01 / 6-Streifen-Ausbau Härkingen - Wiggertal, Hauptarbeiten; beinhaltend Anpassung und Neubau div. Kunstbauten, Ersatz Oberbau, Ersatz RBA, Ersatz Entwässerung, Bau neuer SABA's, etc." als Bauauftrag im offenen Verfahren aus. Als Offerteingabetermin wurde der 12. August 2011 festgesetzt (Punkt 1.4 der Ausschreibung). Mittels auf der SIMAP publizierten Berichtigung vom 1. Juni 2011 wurde der Abgabetermin auf den 26. August 2011 hinausgeschoben.

B.

Nachdem die Anbieter von der Gelegenheit, Fragen zu stellen, Gebrauch gemacht hatten, und diese am 14. Juli 2011 beantwortet worden waren, gingen fristgerecht 10 Angebote (inkl. Teilangebote und Varianten) ein, darunter dasjenige der A._____ sowie dasjenige der E._____.

C.

Der Zuschlag an die E._____ (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin), wurde am 25. November 2011 unter der SIMAP-Meldungsnummer 712433 veröffentlicht. Mit Schreiben vom gleichen Tag wurde die A._____ über den Zuschlag sowie über die Nichtberücksichtigung ihres Angebots orientiert. Zur Begründung wurde angeführt, ihr Angebot habe im Vergleich zu jenem der Zuschlagsempfängerin (440 Punkte) eine Punktzahl von 435 erreicht.

D.

Gegen die Zuschlagsverfügung erhoben die Mitglieder der A._____ (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen) mit Eingabe vom 14. Dezember 2011 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren:

- 1) Es sei der vorliegenden Beschwerde zunächst superprovisorisch und alsdann definitiv die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen und unter Androhung vorsorglicher Massnahmen sicherzustellen, dass für die Dauer des vorliegenden Verfahrens jegliche Vollzugshandlungen unterbleiben, insbesondere ein Vertragsabschluss der Vergabebehörde mit den Zuschlagsempfängern.
- 2) Es sei den Beschwerdeführerinnen die volle Akteneinsicht zu gewährleisten. Nach gewährter Akteneinsicht sei den Beschwerdeführerinnen –

noch vor dem Ergehen des Entscheids über die definitive aufschiebende Wirkung – Gelegenheit zu geben, zu den Unterlagen Stellung zu nehmen. Es sei ferner ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen.

3) a) Hauptantrag in der Sache: Es sei der angefochtene Zuschlag vom 18. November 2011 an die E. _____ aufzuheben und es sei der neu auszufällende Zuschlag – direkt durch das Gericht – den Beschwerdeführerinnen zuzuerkennen. Eventualiter sei die Sache an die Vergabestelle zurückzuweisen und diese sei anzuweisen, den Zuschlag den Beschwerdeführerinnen zu erteilen.

b) Eventualantrag in der Sache: Es sei der Zuschlag der Vergabestelle vom 18. November 2011 an die E. _____ aufzuheben und es sei die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückzuweisen.

c) Subeventualiter sei die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids festzustellen.

4) Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerinnen, eventualiter der Zuschlagsempfängerin.

E.

Mit superprovisorischer Anordnung vom 15. Dezember 2011 untersagte der Instruktionsrichter bis zum Entscheid über den Antrag betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin.

F.

Die Zuschlagsempfängerin teilte dem Bundesverwaltungsgericht mit Schreiben vom 4. Januar 2012 mit, dass sie darauf verzichte, am Beschwerdeverfahren teilzunehmen und sich als Partei zu konstituieren. Sie machte jedoch geltend, dass alle von ihr eingereichten Angebotsunterlagen als Geschäftsgeheimnis nicht offen zu legen seien.

G.

Die Vergabestelle beantragte in ihrer innert der zweimal erstreckten Frist eingereichten Vernehmlassung vom 19. Januar 2012 die Abweisung des Gesuchs um Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Über das Gesuch sei ohne weiteren Schriftenwechsel und ohne Verzug zu entscheiden. Eventuell sei die Beschwerde abzuweisen. Als Beilage reichte die Vergabestelle die Vorakten ein, die sie teilweise als vertraulich deklarierte.

Mit Verfügung vom 23. Januar 2012 stellte das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführerinnen die Vernehmlassung der Vergabestelle so-

wie die im Doppel eingereichten Vernehmlassungsbeilagen, nicht jedoch die eigentlichen Akten des Vergabeverfahrens zu.

H.

Mit unaufgeforderter Eingabe vom 25. Januar 2012 beantragten die Beschwerdeführerinnen, es sei ihnen vor Erlass der Zwischenverfügung über die aufschiebende Wirkung zu erlauben, eine Stellungnahme einzureichen, um sich zu den von der Vergabestelle in der Vernehmlassung vorgebrachten Noven zu äussern.

Der Instruktionsrichter gab den Beschwerdeführerinnen mit Verfügung vom 26. Januar 2012 die Gelegenheit, eine Replik einzureichen.

Mit Replik vom 10. Februar 2012 hielten die Beschwerdeführerinnen an ihren ursprünglich gestellten Rechtsbegehren fest und nahmen eingehend zur Vernehmlassung der Vergabestelle Stellung. Zudem stellten sie ein weitergehendes Akteneinsichtsgesuch und beantragten, es sei ihnen nach erfolgter Akteneinsicht die Möglichkeit einer weiteren Stellungnahme einzuräumen.

Die Vergabestelle beantragte mit Duplik vom 16. Februar 2012 die Abweisung der Begehren um aufschiebende Wirkung bzw. um weitergehende Akteneinsicht.

Mit Verfügung vom 20. Februar 2012 wurde die Duplik den Beschwerdeführerinnen zugestellt.

I.

Auf die Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ist, soweit erforderlich, in den Erwägungen einzugehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Gegen die Erteilung des Zuschlages durch die Vergabestelle ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27

Abs. 1 BöB). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BöB).

1.2. 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 2004/48 E. 2.1 mit Hinweisen). Es 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.

1.3. Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB). Die Vergabestelle geht in Ziffer 1.8 der Ausschreibung vom 13. Mai 2011 von einem Bauauftrag aus. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c BöB bedeutet der Begriff "Bauftrag" einen Vertrag über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziffer 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 des GATT-Übereinkommens. Der Preis des berücksichtigten Angebots von CHF 141'483'919.59 überschreitet zweifelsfrei den für Bauaufträge geltenden Schwellenwert gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 1 Bst. c der Verordnung des EVD vom 11. Juni 2010 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das zweite Semester des Jahres 2010 und das Jahr 2011 (AS 2010 2647). Demnach fällt die Beschaffung in casu in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht.

1.4. 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 Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

1.5. 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).

2.

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheides bildet allein der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. 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. Diese kann vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

2.1. 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 (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts 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 Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1 mit Hinweisen).

2.2. 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

(Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts 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 Bundesverwaltungsgerichts 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 (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).

3.

Nach einer summarischen Prüfung der Standpunkte der Parteien kann die vorliegend zu beurteilende Beschwerde in materieller Hinsicht nicht als eindeutig aussichtsreich bzw. aussichtslos bezeichnet werden, weshalb bei der Frage, ob die aufschiebende Wirkung zu gewähren ist, im Rahmen einer Abwägung der auf dem Spiel stehenden öffentlichen und privaten Interessen zu entscheiden ist.

3.1. Im vorliegenden Fall gehen die Interessen der Beschwerdeführerinnen vor allem dahin, den Zuschlag zu erhalten und die ausgeschriebenen Arbeiten ausführen zu können. Es handelt sich dabei insbesondere um finanzielle und betriebswirtschaftliche Interessen. Die Beschwerdeführerinnen machen zudem geltend, es spräche auch das Interesse an einem wirksamen Rechtsschutz für die Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Schliesslich seien die von der Vergabestelle geltend gemachte Dringlichkeit der Arbeiten und die befürchteten Mehrkosten zu relativieren.

3.2. Die Vergabestelle macht ihrerseits geltend, dass die Sanierung des Autobahnabschnittes Härkingen – Wiggertal dringend notwendig sei und nicht ein weiteres Jahr aufgeschoben werden könne. Die Dringlichkeit der Fahrbahnerneuerung sei vor allem auch gegeben, da sowohl die Unfallzahlen als auch die Stautunden infolge Verkehrsüberlastung auf diesem Strassenabschnitt statistisch gesehen, von Jahr zu Jahr zunähmen. Schliesslich zeige sich das öffentliche Interesse auch darin, dass das vorliegend zu beurteilende Projekt zur zweiten Stufe der vom Bundesrat und von den Eidgenössischen Räten beschlossenen konjunkturellen Stabilisierungsmassnahmen gehöre, welche um zwei Jahre vorgezogen und spätestens ab dem Jahre 2009 hätten wirksam werden sollen.

3.2.1. Der Autobahnabschnitt Härkingen – Wiggertal, auf welchem sich der gesamte Nord-Süd-Verkehr der N2 mit dem Ost-West-Verkehr der N1 vereint, wurde am 10. Mai 1967 eröffnet. Auf einem Teilabschnitt (Strecke Rothrist – Lenzburg) wurde in den Jahren 1998 – 1999 eine Belagsanierung vorgenommen. Im Auftrag des Kantons Solothurn wurde sodann im Jahre 2002 eine Variantenstudie betreffend Belagsanierung N1 für die Strecke Härkingen – Ruppoldingen hinsichtlich zu ergreifender Massnahmen zur Aufrechterhaltung der Verkehrssicherheit für eine weitere Gebrauchsdauer von mindestens 5 bis max. 8 Jahren erstellt. Die vorgeschlagene Belagsanierung wurde im Jahre 2003 realisiert.

Gemäss Jahresbericht 2010 der Vergabestelle vom 28. August 2011 betreffend Verkehrsentwicklung und Verfügbarkeit der Nationalstrassen (nachfolgend: Jahresbericht 2010) werden rund 40 % der gesamten Fahrleistung aller Nationalstrassen über die A1 (A1 "Autobahn" und N1 "Nationalstrasse" sind weitgehend deckungsgleich, ausser in den Regionen Zürich und Genf) und rund 17 % über die A2 abgewickelt. Zudem wurden im Jahre 2010 an der Messstelle Oftringen/Rothrist am meisten schwere Güterverkehrsfahrzeuge registriert, gefolgt von der Messstelle Gunzgen. Diese Messstellen liegen beide auf dem gemeinsamen Teil der beiden schweizerischen Hauptverkehrsachsen A1 und A2 zwischen den Verzweigungen Härkingen und Wiggertal. Diese Zahlen unterstreichen die sehr grosse verkehrstechnische Bedeutung des Abschnitts Härkingen – Wiggertal im Rahmen des schweizerischen Nationalstrassennetzes.

3.2.2. Es ist unbestritten, dass sich der Zustand des fraglichen Autobahnabschnitts, welcher zu einem grossen Teil aus alten Betonelementen be-

steht, in einem schlechten Zustand befindet und aufgrund des zunehmenden Verkehrsaufkommens auch auf 6 Spuren erweitert werden soll. Umstritten ist in diesem Zusammenhang jedoch die Dringlichkeit des vorliegenden Beschaffungsgeschäfts. Die Beschwerdeführerinnen weisen darauf hin, dass sich der von der Vergabestelle beschriebene schlechte Zustand des Autobahnteilstücks lediglich über den Zustand vor der im Jahr 2003 durchgeführten Sanierung beziehe.

Dem ist entgegenzuhalten, dass im Jahre 2003 einerseits von dem heute zur Diskussion stehenden Autobahnabschnitt von rund 9.4 km lediglich auf einem rund 6.2 km langen Teilstück der Belag saniert wurde. Bereits in der Studie vom 27. September 2002 (nachfolgend: Variantenstudie) wurde nebst der Feststellung, dass sich der Streckenabschnitt in einem ausserordentlich schlechten Zustand befinde, darauf hingewiesen, dass mit dieser Sanierung die Nutzungsdauer um minimal 5 bis maximal 8 Jahre verlängert werden sollte, um damit die Zeit bis zum 6-Streifen-Ausbau zu überbrücken. Diese prognostizierte Restnutzungsdauer ist im jetzigen Zeitpunkt bereits überschritten.

3.2.3. Eines der Hauptargumente der Vergabestelle für die zeitliche Dringlichkeit der auszuführenden Arbeiten sei die infolge des schlechten Strassenzustandes gefährdete Sicherheit der Verkehrsteilnehmer. Sie weist in diesem Zusammenhang auf einen durchschnittlichen Tagesverkehr auf dem Autobahnteilstück Härkingen – Wiggertal von zwischen 83'500 bis über 90'000 Fahrzeuge hin. Dieses Teilstück sei somit eine der meist befahrenen Strassen der Schweiz. In den Jahren 2005 bis 2011 sei zudem die Anzahl der Unfälle erheblich angestiegen. Vor allem die markante Zunahme bei den Auffahr-, Schleuder- oder Selbstunfällen ab den Jahren 2006 bzw. 2008 lasse sich auf den verschlechterten Zustand der Fahrbahn zurückführen. Bei einer Unfallrate von 1.04 bis 1.95 liege die Unfallrate für den interessierenden Streckenabschnitt (berechnet für vier Teilstücke) deutlich über dem gesamtschweizerischen Mittelwert, welcher zwischen 0.4 und 0.5 liege. Die Unfallrate berechnet sich dabei gemäss der Schweizer Norm (SN 640 009a) des Verbandes der Schweizerischen Strassen- und Verkehrsfachleute VSS aus dem Quotienten aus der Zahl der Unfälle einer bestimmten Zeitperiode und der Fahrleistung auf einer Strecke (Millionen Fz km).

Die Beschwerdeführerinnen wenden hierzu ein, dass die Verkehrssicherheit mit geeigneten Massnahmen gewährleistet werden könne, auch wenn sich das Projekt durch das vorliegende Verfahren verzögern sollte.

Im Übrigen sei die Sicherheitsproblematik auch nicht glaubwürdig, da bis heute noch keine Geschwindigkeitsreduktion für das Befahren dieses Strassenabschnitts verfügt worden sei.

Zur Frage einer allfällig zu verfügenden Geschwindigkeitsreduktion wendet die Vergabestelle ein, dass auf dem fraglichen Abschnitt bewusst auf eine generelle Temporeduktion verzichtet und eine andere Massnahme, nämlich das Aufstellen des Gefahrensignals "Unebene Fahrbahn" in beide Richtungen ergriffen worden sei. Damit solle die Aufmerksamkeit der Verkehrsteilnehmer auf mögliche Löcher, Absätze usw. verstärkt werden. Somit hat die Vergabestelle durchaus bereits eine aus ihrer Sicht geeignete Massnahme ergriffen, um die Verkehrsteilnehmer auf den schlechten Strassenzustand aufmerksam zu machen.

Bereits in der Variantenstudie vom 27. September 2002 wurde auf die täglichen Beeinträchtigungen infolge Staus, Behinderungen und Unfällen hingewiesen. Nun verweist die Vergabestelle in diesem Zusammenhang auf die Unfallstatistik für den fraglichen Streckenabschnitt. Daraus lässt sich ab dem Jahre 2007 tatsächlich eine markante Zunahme vor allem im Vergleich zu den Jahren 2005 und 2006 feststellen. Die Zunahme lässt sich wohl einerseits auf den sich verschlechternden Zustand der Fahrbahn zurückführen. Andererseits fällt ebenfalls ins Gewicht, dass der Gesamtverkehr auf den Nationalstrassen alljährlich beträchtliche Zuwachsraten zu verzeichnen hat. Dies führte im Jahre 2010 denn auch zu einer im Vergleich zum Vorjahr markanten Zunahme der Stautunden auf den Nationalstrassen von rund 34 %. Rund zwei Drittel der registrierten Stautunden lassen sich dabei auf Verkehrsüberlastungen zurückführen. Gemäss Jahresbericht 2010 wurde der Abschnitt Härkingen – Wiggertal sowohl bezüglich der A1 als auch bezüglich der A2 als einer der Stauschwerpunkte bezeichnet.

Aufgrund dieser Ausführungen wird ersichtlich, dass der schlechte Strassenzustand gepaart mit dem sehr grossen und immer zunehmenden Verkehrsaufkommen ein beträchtliches Sicherheitsrisiko für die Verkehrsteilnehmer beinhaltet. Dieses nimmt, je länger mit der Sanierung und der Kapazitätserweiterung auf 6 Streifen zugewartet wird, weiter zu. Noch nicht berücksichtigt ist bei diesen Überlegungen, dass der Fahrkomfort auf dieser Strecke für schweizerische Verhältnisse als sehr schlecht zu bezeichnen ist.

3.2.4. Das öffentliche Interesse an einem frühestmöglichem Baubeginn wird auch dadurch erhärtet, dass sich der Bundesrat in der Botschaft vom 11. Februar 2009 über die 2. Stufe der konjunkturellen Stabilisierungsmassnahmen dafür ausgesprochen hat, unter anderem die Mittel für die Realisierung des "6-Spur-Ausbau Härkingen – Wiggertal" vorzeitig freizugeben. Der Bundesrat erachtete diese Engpassbeseitigung als dringend, wichtig und prioritär. Mittels Bundesbeschluss vom 11. März 2009 über die vorgezogene Freigabe von Mitteln aus der ersten Finanzierungsetappe für das Programm zur Beseitigung von Engpässen im Nationalstrassennetz stimmte die Bundesversammlung sodann dem Beitrag für den 6-Spur-Ausbau Härkingen – Wiggertal zu.

Nebst den Überlegungen hinsichtlich der Verkehrssicherheit sprechen somit auch volkswirtschaftliche Interessen für eine rasche Behebung des Engpasses "Härkingen – Wiggertal". Denn unter anderem soll mit der frühzeitigen Freigabe der Mittel für den hier interessierenden Ausbau der vom Bundesrat erwarteten Verschlechterung der konjunkturellen Aussichten rechtzeitig gegengesteuert werden.

3.2.5. Die Beschwerdeführerinnen machen weiter geltend, es sei im zu beurteilenden Bauprojekt unter anderem keine Dringlichkeit gegeben, da im Bauprogramm sowohl bei der Arbeitsvorbereitung (AVOR) als auch bei den Vorbereitungsphasen V1 bis V3 Reservezeiten eingeplant worden seien.

Für das vorliegende Projekt ist für die Arbeitsvorbereitung (AVOR) eine Zeitspanne von 5 Monaten vorgesehen. Die Vergabestelle stützt sich dabei auf Erfahrungswerte der Baubranche aus vergleichbaren Projekten. Gemessen an den in dieser Phase zu erbringenden Leistungen (vgl. insbesondere die unter den Besonderen Bestimmungen Bau zum Projekt unter Pos 254.100 zu erstellenden Unterlagen) erscheint die vorgesehene AVOR-Zeit gemessen an der Grösse des Bauprojekts nicht als unverhältnismässig. Denn bei der Realisierung eines Projekts von dieser Gröszenordnung braucht es eine gewisse Vorlaufzeit für Koordinations- bzw. Planungsarbeiten, bevor tatsächlich mit dem Bau begonnen werden kann. Zeitreserven lassen sich denn im Rahmen der vorliegenden primafacie Würdigung kaum eruieren. Schliesslich gingen auch die Beschwerdeführerinnen in ihrer Offerte selber davon aus, dass Terminreserven aufgrund der erarbeiteten Bauprogramme nicht auszumachen seien.

Selbst wenn man die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Zeitreserven in den Vorbereitungsphasen V1 bis V3 von rund 6 Wochen einbeziehen würde, wäre es nicht mehr möglich dieses Beschwerdeverfahren gemessen am vorgesehenen Baubeginn vom 7. Mai 2012 und unter Berücksichtigung einer angemessenen AVOR-Zeit rechtzeitig abzuschliessen, zumal die Beschwerdeführerinnen in der Eingabe vom 10. Februar 2012 noch ein weiteres spezifisches Akteneinsichtsgesuch und nach dessen Gewährung ein Äusserungsrecht beantragt haben.

Die Beschwerdeführerinnen wenden zwar zu Recht ein, dass in den Ausschreibungsunterlagen (Besondere Bestimmungen Bau, Pos. 632.100) vorgesehen ist, dass sich Termine linear verschieben können, falls die Starttermine von der Bauherrschaft nicht gewährleistet werden können. Damit können aber nur kürzere Verschiebungen gemeint sein, denn für das Gericht ist ohne Weiteres nachvollziehbar, dass Verzögerungen um mehrere Wochen oder Monate die Verschiebung des Baubeginns um ein Jahr zur Folge haben könnte. Dies vor allem auch, weil Belagsarbeiten nicht bei allen Witterungs- und Temperaturverhältnissen vorgenommen werden können. Entsprechend werden Strassensanierungen in unseren Breitengraden denn auch nur in Ausnahmefällen während der Wintermonate durchgeführt.

3.2.6. Die Beschwerdeführerinnen bringen weiter vor, die Vergabestelle habe die aus ihrer Sicht gebotene Dringlichkeit selber zu verantworten, da sie das vorliegende Submissionsverfahren bereits ein Jahr früher hätte in Angriff nehmen können. Dabei hätten auch parallel laufende Einspracheverfahren von Gemeinden in der Plangenehmigung oder noch offene Finanzierungsfragen kein Hindernis für die Einleitung des Submissionsverfahrens gespielt, zumal die Ausschreibungsunterlagen mit entsprechenden Vorbehalten hätten versehen werden können.

Die Vergabestelle weist zu Recht darauf hin, dass die Strassenhoheit und das Eigentum an den Nationalstrassen gestützt auf das Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006 über die Schaffung und die Änderung von Erlassen zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA, AS 2007 5779; BBI 2005 6029) erst per 1. Januar 2008 von den Kantonen auf den Bund übergegangen ist (Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 8. März 1960 über die Nationalstrassen [NSG, SR 725.11]). Dass sich das vorliegende Projekt infolge diverser Einsprachen im Rahmen der öffentlichen Auflage und mehrerer Beschwerden gegen die Plangenehmigung um gut ein Jahr verzögert hat,

kann der Vergabestelle nicht zum Vorwurf gemacht werden. Im Rahmen einer prima-facie Würdigung liegen auch keine Anhaltspunkte vor, dass die Planung der Vergabestelle nicht pflichtbewusst erfolgt wäre. Es ist für das Bundesverwaltungsgericht nachvollziehbar, dass die Vergabestelle mit der Ausschreibung zugewartet hat, bis die Beschwerden gegen die Plangenehmigung rechtskräftig entschieden worden sind. Dies vor allem auch weil es in den Beschwerden um weitergehende Lärmschutzmassnahmen (z.B. um die Wahl des Fahrbahnbelags) ging, als sie im Plangenehmigungsgesuch enthalten waren. Der Ausgang dieses Beschwerdeverfahrens hatte somit direkt Einfluss auf die Ausschreibung der hier in Frage stehenden Hauptarbeiten bezüglich des 6-Streifen-Ausbaus des Autobahnteilstücks Härkingen – Wiggertal.

3.2.7. Weiter legt die Vergabestelle glaubhaft dar, dass bezüglich Reparatur- und Unterhaltskosten für das betreffende Autobahnteilstück jährlich beträchtliche Zuwachsraten zu verzeichnen sind. Beliefen sich die entsprechenden Ausgaben im Jahr 2008 auf CHF 1'089'626.–, mussten im Jahre 2009 CHF 1'340'200.– und im Jahre 2010 CHF 1'654'261.– dafür aufgewendet werden. Die Beschwerdeführerinnen wenden zwar ein, dass allein mit ihrem im Vergleich zu demjenigen der Zuschlagsempfängerin um CHF 1.4 Mio. günstigerem Angebot ein Teil der Kosten eingespart werden könne. Mit der Vergabestelle ist hier festzuhalten, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht allein in der Preisdifferenz zu anderen Angeboten liegt, sondern aus der Summe der bewerteten Zuschlagskriterien hervorgeht.

4.

Gestützt auf die vorherigen Erwägungen kommt das Bundesverwaltungsgericht insgesamt zum Schluss, dass das öffentliche Interesse an der Verkehrssicherheit (damit einhergehend der Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen) sowie die volkswirtschaftlichen Interessen (konjunkturelle Stabilisierungsmassnahmen, Unterhaltskosten) die restlichen Interessen, insbesondere diejenigen der Beschwerdeführerinnen, klar überwiegen, zumal auch eine zeitliche und sachliche Dringlichkeit glaubhaft dargelegt werden konnte.

Entsprechend ist das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen. Mit dieser Entscheidung fällt die Zwischenverfügung vom 15. Dezember 2011 dahin, mit welcher der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt worden war.

5.

Über die Kosten des vorliegenden Zwischenentscheid ist mit dem Endentscheid zu befinden. Die weitere Instruktion des Hauptverfahrens erfolgt mit separater Verfügung.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

2.

Die Instruktion des Schriftenwechsels im Hauptverfahren erfolgt mit separater Verfügung.

3.

Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheid wird mit dem Endentscheid befunden.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreterin; Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. K464-0305/Mek; Gerichtsurkunde; vorab per Fax)
- die Zuschlagsempfängerin (A-Post, vorab per Fax)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Hans Urech

Thomas Reidy

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Zwischenentscheid 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 hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).