



---

Abteilung II

Postfach  
CH-3000 Bern 14  
Telefon +41 (0)58 705 25 60  
Fax +41 (0)58 705 29 80  
www.bundesverwaltungsgericht.ch

**Geschäfts-Nr. B-7393/2008**  
mav/hus/sas  
{T 0/2}

## **Zwischenentscheid vom 14. Januar 2009**

---

Besetzung

Richterin Vera Marantelli (Vorsitz), Richter Hans Urech,  
Richter Marc Steiner,  
Gerichtsschreiber Said Huber.

In der Beschwerdesache

---

Parteien

**Arbeitsgemeinschaft A.**\_\_\_\_\_,

bestehend aus:

1. **B.**\_\_\_\_\_ **AG**,
2. **C.**\_\_\_\_\_ **AG**,
3. **D.**\_\_\_\_\_ **AG**,
4. **E.**\_\_\_\_\_ **AG**,

alle vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Marie-  
Theres Huser, Spiess+Partner Büro für Baurecht,  
Postfach, 8034 Zürich,  
Beschwerdeführerinnen,

gegen

**Bundesamt für Strassen (ASTRA),**  
Grüzefeldstrasse 41, 8404 Winterthur,  
Vergabestelle,

---

Gegenstand

Bauftrag N3/68 Linthebene (Hauptarbeiten)

**stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:****A.**

Das Bundesamt für Strassen (nachfolgend: Vergabestelle) schrieb am 27. Juni 2008 im offenen Verfahren unter dem Projektitel "N3/68 Linth-ebenestrasse, Hauptarbeiten (Kantonsgrenze SG/GL- Gäsi, km 153.1-162.7)" Strassenbau- und Instandsetzungsarbeiten für den Erhaltungsabschnitt N3/68 aus (vgl. Schweizerisches Handelsamtsblatt SHAB Nr. 123/2008).

**B.**

Am 20. Oktober 2008 erteilte die Vergabestelle der Arbeitsgemeinschaft X.\_\_\_\_\_ den Zuschlag für die oberwähnten Arbeiten und veröffentlichte diesen am 27. Oktober 2008 im SHAB (Nr. 208/2008).

Zur Begründung wurde angeführt, "aufgrund der gesamten Bewertung der Zuschlagskriterien" habe das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalten. Aus der Veröffentlichung im SHAB geht weiter hervor, dass von sechs eingegangenen Angeboten eines vom Verfahren ausgeschlossen worden war und die geprüften Angebote in einer Preisspanne von Fr. 69'658'317.15 bis Fr. 80'050'984.15 (inkl. MWST und Nebenkosten) lagen.

Aus dieser Preisspanne, welches ihr Angebot von Fr. 68'003'383.40 (netto inkl. MWST) nicht umfasste, schloss die Arbeitsgemeinschaft A.\_\_\_\_\_ (bestehend aus der B.\_\_\_\_\_ AG, der C.\_\_\_\_\_ AG, der D.\_\_\_\_\_ AG sowie der E.\_\_\_\_\_ AG; nachfolgend: Beschwerdeführerinnen) auf den Ausschluss ihres Angebotes, nachdem sie vorgängig darüber nicht separat schriftlich benachrichtigt worden war.

**C.**

Auf Ersuchen der Beschwerdeführerinnen hin erläuterte die Vergabestelle ihnen am 5. November 2008 anlässlich einer mündlichen Besprechung (Debriefing) den Ausschluss aus dem Verfahren. Die Vergabestelle wies die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen darauf hin, deren Angebot habe in Bezug auf die Schlüsselpersonen nicht alle Eignungskriterien erfüllt. Ferner seien diesbezügliche Angaben unvollständig gewesen.

**D.**

Mit Beschwerde vom 17. November 2008 gelangten die Beschwerde-

führerinnen, vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Marie-Theres Hus-  
er, ans Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Anträgen:

- "1. Es sei der vorliegenden Beschwerde zunächst superprovisorisch und als-  
dann definitiv die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen;
2. Die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Sache an die Vorins-  
tanz zurückzuweisen zur korrekten Durchführung und Neubeurteilung im  
Sinne der Erwägungen;
3. Eventualiter sei die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids festzu-  
stellen;
4. Es sei der Beschwerdeführerin die volle Akteneinsicht zu gewähren und es  
sei ihr anschliessend Gelegenheit zu geben, zu den Unterlagen Stellung  
zu nehmen bzw. sei nach erfolgter Akteneinsicht durch die Beschwerdefüh-  
rerin ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerde-  
gegners, eventualiter der Zuschlagsempfängerin."

In formeller Hinsicht machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die  
aufschiebende Wirkung sei mangels Dringlichkeit des Verfahrens zu  
erteilen und insbesondere, weil das öffentliche Interesse an der Durch-  
setzung des objektiven Rechts sowie das Erfordernis des sparsamen  
und effizienten Einsatzes öffentlicher Mitteln dafür sprächen. In materi-  
eller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen die Verletzung des  
Grundsatzes der Transparenz, des wirtschaftlichen Einsatzes öffentli-  
cher Mittel, der Gleichbehandlung aller Anbieterinnen sowie des Ver-  
bots des überspitzten Formalismus.

#### **E.**

Mit Zwischenverfügung vom 20. November 2008 erteilte das Bundes-  
verwaltungsgericht der Beschwerde superprovisorisch die aufschie-  
bende Wirkung und untersagte der Vergabestelle bis zum Entscheid  
über den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Voll-  
zugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerde-  
verfahrens präjudizieren könnten, namentlich den Vertragsabschluss  
mit der Zuschlagsempfängerin. Die Beschwerde wurde der Vergabe-  
stelle und der Zuschlagsempfängerin zur Stellungnahme unterbreitet.

Mit Zwischenverfügung desselben Datums erteilte das Bundesverwaltungsgericht einer weiteren, gegen denselben Zuschlag eingereichten Beschwerde einer ebenfalls nicht berücksichtigten Teilnehmerin supervisorisch die aufschiebende Wirkung. Das entsprechende Verfahren (B-7394/2008) ist gegenwärtig hängig; der Entscheid über die Frage der aufschiebenden Wirkung steht noch aus.

#### **F.**

Während die Zuschlagsempfängerin keine Stellungnahme einreichte, beantragt die Vergabestelle am 5. Dezember 2008, das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen und es sei ohne weiteren Schriftenwechsel und ohne Verzug über das Gesuch zu entscheiden. Die Vergabestelle hält die Beschwerde für aussichtslos und weist auf die aus ihrer Sicht wegen überwiegenden öffentlichen Interessen bestehende Dringlichkeit des Verfahrens hin. Zur Untermauerung ihres Standpunktes legt sie zahlreiche Unterlagen ins Recht.

#### **G.**

Mit Zwischenverfügung vom 11. Dezember 2008 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Vergabestelle um Angaben zur Frage der Geheimhaltung verschiedener Unterlagen, welche die geltend gemachte Dringlichkeit des Verfahrens betreffen. Gleichzeitig wurden die Beschwerdeführerinnen aufgefordert, sich zu den Bausummen dreier in der Beschwerdeschrift genannter Referenzobjekte zu äussern.

Am 12. bzw. 17. Dezember 2008 beantworteten sowohl die Vergabestelle als auch die Beschwerdeführerinnen die aufgeworfenen Fragen des Bundesverwaltungsgerichts.

#### **H.**

Auf die dargelegten und weitere Vorbringen und Eingaben der Verfahrensbeteiligten wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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

#### **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).

**1.1** Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag bzw. den Ausschluss vom Verfahren ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, BoeB, SR 172.056.1). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BoeB). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das BoeB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BoeB und Art. 37 VGG).

**1.2** Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und daher nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a BoeB diesem Gesetz unterstellt. Bei dem in Frage stehenden Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag im Sinne von Art. 5 Bst. c BoeB (vgl. den detaillierten Projektbeschrieb in der öffentlichen Ausschreibung im SHAB Nr. 123/2008). Nach den im SHAB Nr. 208/2008 publizierten Angaben zum Zuschlag liegt die Preisspanne des fraglichen Bauauftrags zwischen Fr. 69'658'317.15 und Fr. 80'050'984.15. Dieser Wert überschreitet klar den für die Anwendbarkeit des BoeB erforderlichen Schwellenwert von Fr. 9'575'000.- (Art. 1 Bst. c der hier noch anwendbaren Verordnung des EVD vom 26. November 2007 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2008; dieser Wert wurde unverändert in die Verordnung des EVD vom 27. November 2008 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2009 [SR 172.056.12] übernommen). Die Vergabe erfolgte somit zu Recht in Anwendung der bundesrechtlichen Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungsrecht.

**1.3** Das Bundesverwaltungsgericht bzw. nach Art. 39 Abs. 1 VGG die zuständige Instruktionsrichterin hat über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie über das Gesuch um Akteneinsicht zu befinden (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4393). Nach der langjährigen Praxis der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) hatte je nach Bedeutung des Falles deren Präsident oder der Spruchkörper in Dreier- oder gar Fünferbesetzung über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung befunden (vgl. die Zwischenentscheide vom 17. Februar 1997 bzw. vom 16. November 2001, publiziert in VPB 61.24 bzw. VPB 66.37). Aus den Materialien ist nicht ersicht-

lich, ob Art. 39 Abs. 1 VGG als *lex specialis* zu Art. 55 Abs. 3 VwVG die dort vorgesehene Möglichkeit eines Entscheides durch den Spruchkörper ausschliessen will. Jedenfalls ist nicht anzunehmen, dass Art. 39 Abs. 2 VGG verletzt würde, wenn ausnahmsweise nicht nur zwei, sondern alle drei Richter des Spruchkörpers im Rahmen der Erhebung von Beweisen mitwirken. Da der Entscheid über die aufschiebende Wirkung in Beschaffungssachen von herausragender Bedeutung ist (vgl. Art. 22 Abs. 1 BoeB; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 1. Band, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 874, JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/CORINNE MAILLARD/NICOLAS MICHEL, *Droit des marchés publics*, Fribourg 2002, S. 131, wonach die aufschiebende Wirkung "élément déterminant de la procédure" sei), wird eine Beurteilung der aufschiebenden Wirkung durch den für die Hauptsache zuständigen Spruchkörper dem Grundgedanken der hinreichenden Legitimationsbasis von Entscheiden oft besser gerecht (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1774/2006 vom 13. März 2007 E. 1.3.2, Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-743/2007 vom 31. Juli 2007 E. 1.4.2; grundsätzlich zustimmend: MARTIN BEYELER, *Baurecht 2/2007*, S. 86 ff.). Insbesondere ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber eine Beurteilung der aufschiebenden Wirkung durch eine Dreier-Besetzung als unzumutbaren Nachteil für Rechtsunterworfenen werten würde. Zwar entscheidet vor Bundesverwaltungsgericht in der Regel allein der Instruktionsrichter über die aufschiebende Wirkung und über vorsorgliche Massnahmen. Erfordern es jedoch die aussergewöhnlichen Umstände eines Falles, so kann er diese Fragen ausnahmsweise dem Spruchkörper zum Entscheid unterbreiten, sofern es die Dringlichkeit des Falles überhaupt erlaubt. Im vorliegenden Fall ist die Frage der aufschiebenden Wirkung dem Spruchkörper vorzulegen, da hier die Fakten und Erfolgsaussichten *prima-facie* zu prüfen sind und der Entscheid über die aufschiebende Wirkung in dieser für die Beschwerdeführerinnen wirtschaftlich bedeutsamen Vergabesache von grosser Tragweite ist (vgl. MARTIN BEYELER, *Baurecht 2/2007*, S. 86 ff.).

**1.4** Die Beschwerdeführerinnen sind als ausgeschlossene Anbieterinnen nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ohne weiteres zur Beschwerde legitimiert (vgl. BVGE 2007/13 E. 1.4).

**1.5** Die Prozessvoraussetzungen sind hier somit erfüllt: Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde bzw. die gestellten prozessleitenden Anträge ist einzutreten.

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet allein die Frage der aufschiebenden Wirkung. Über das Akteneinsichtsgesuch und eine allfällige Nachfristansetzung zur Beschwerdeergänzung wird zu einem späteren Zeitpunkt zu entscheiden sein.

## **2.**

Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BoeB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Die aufschiebende Wirkung kann vom Bundesverwaltungsgericht auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BoeB). Im vorliegenden Fall enthält die Beschwerde ein solches Begehren.

**2.1** Das BoeB selbst nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes jene Grundsätze übernommen werden, welche die Rechtsprechung und Lehre zu 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 117 V 185 E. 2b, BGE 110 V 40 E. 5b, BGE 106 Ib 115 E. 2a, BGE 105 V 266 E. 2; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 1802 ff.; PIERRE MOOR, Droit administratif, Band II, 2. Aufl., Bern 2002, S. 680 f.). Die Behörde beschränkt sich auf eine prima-facie-Beurteilung. Diese Überlegungen sind grundsätzlich auch im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens massgeblich. Dass der Gesetzgeber im BoeB 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 (BVGE 2007/13 E. 2.1, Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-5865/2007 vom 3. Dezember 2007 E. 2.1; Entscheide der BRK vom 6. Februar 1998, veröffentlicht in VPB 62.79 E. 2a, mit Hinweisen, und vom 16. November 2001, veröffentlicht in VPB 66.37 E. 2c; EVELYNE CLERC, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, S. 545; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 884; MARTIN BEYELER, Die Rechtsprechung zum Vergaberecht, Baurecht Sonderheft 2006, S. 68 ff., insbes. S. 90, 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, so ist die angebehrte aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgschancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. Dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheids kommt dabei zum Vornherein ein erhebliches Gewicht zu (Zwischenentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts B-5838/2007 vom 6. Dezember 2007 E. 3.3, mit Hinweisen, sowie B-7252/2007 vom 6. Februar 2008 E. 2.2). Einzubeziehen sind nach ständiger Praxis auch die Interessen der Beschwerdeführerinnen sowie allfällige private Interessen Dritter, insbesondere der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten. Ausgangspunkt muss dabei - insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a ÜoeB - 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.**

Aus der Vernehmlassung vom 5. Dezember 2008 sowie insbesondere auch aus der dieser beigelegten (und den Beschwerdeführerinnen zugänglich gemachten) Unterlage zur vorgenommenen Eignungsprüfung (mehrfarbige, die Beschwerdeführerinnen betreffende Tabelle aus dem Evaluationsbericht) geht klar hervor, dass die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdeführerinnen ausschloss, weil sie die für den Baustellenchef-Stellvertreter (und den mit diesem identischen "Bauführer Strassenbau") angegebenen Referenzobjekte als nicht genügend bzw. diejenigen für den "Bauführer Instandsetzung Kunstbauten" und den "Bauführer Kunstbauten Neubau" als nicht beurteilbar und somit die Beschwerdeführerinnen nicht als geeignet erachtete (vgl. die in der Tabelle rot hervorgehobenen Stellen).

Dies wurde den Beschwerdeführerinnen – wie sich aus ihren gestützt auf das Debriefing vom 5. November 2008 formulierten Rügen ergibt – mündlich dahin gehend erläutert, dass auf den zu den Schlüsselpersonen eingereichten Formularen zum Teil diverse Angaben gefehlt hätten (keine Kreuzchen, keine Telefonnummern, keine Angabe der Funktion/

Tätigkeit auf den Referenzblättern) und dass beim Baustellenchef-Stellvertreter, beim mit diesem identischen "Bauführer Strassenbau", beim "Bauführer Instandsetzung Kunstbauten" sowie beim "Bauführer Kunstbauten Neubau" entweder keine oder von der geforderten Grösse her nicht ausreichende Referenzobjekte genannt worden seien (Beschwerde Ziffer 16.2).

Den Beschwerdeführerinnen wurden somit die Punkte dargelegt, welche die Vergabestelle als für den Ausschluss entscheidend erachtete. Als unbegründet erwies sich daher eine allfällige Rüge der Beschwerdeführerinnen, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 VwVG/Art. 29 BV) sei verletzt worden, wie sie implizit anzudeuten scheinen, wenn sie bemängeln, anlässlich des Debriefings vom 5. November 2008 seien lediglich mündliche Erläuterungen zu ihrem Angebot gemacht worden.

Nicht weiter einzugehen ist von vornherein auf die Kritik der Beschwerdeführerinnen, der Ausschluss ihres Angebotes wegen fehlender Zertifizierung eines ihrer Mitglieder nach ISO 9001 habe das Gebot der Gleichbehandlung gemäss Art. 1 Abs. 2 BoeB verletzt, da nicht nur eines ihrer Mitglieder, sondern auch ein Mitglied der Zuschlagsempfängerin nicht nach ISO 9001 zertifiziert worden sei. Es mag zwar sein, dass die Vergabestelle anlässlich des Debriefings auf diesen Umstand hingewiesen hat. Aus den erwähnten Unterlagen ergibt sich jedoch – angesichts des Umstandes, das gemäss der Ausschreibung auch ein gleichwertiges Qualitätsmanagement-System als genügend betrachtet wurde – zu Recht kein Hinweis darauf, dass dieser Umstand wesentliches Gewicht für den Ausschluss der Beschwerdeführerinnen gehabt hätte.

Zu prüfen ist jedoch, wie es sich mit den Rügen der Beschwerdeführerinnen verhält, wonach (1) die bezüglich der Schlüsselpersonen fehlenden Angaben innerhalb einer kurzen Nachfrist problemlos hätten vervollständigt (bzw. Kreuze auf den Formularen angebracht) werden können, (2) alle als fehlend gerügten Angaben, insbesondere mindestens drei weitere Referenzobjekte im geforderten Rahmen für den Baustellenchef-Stellvertreter und "Bauführer Strassenbau", ohne weiteres den beigelegten Personalblättern dieser Person hätten entnommen werden können und (3) der Vergabestelle sowohl die Beschwerdeführerinnen als auch deren Schlüsselpersonen und deren Qualifika-

tion aus in vergangenen Jahren erfolgter erfolgreicher Zusammenarbeit bestens bekannt gewesen seien.

**3.1** Nach Art. 19 Abs. 1 BoeB müssen die Anbieter ihre Anträge auf Teilnahme und ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle aufgrund der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-5084/2007 vom 8. November 2007 E. 3.1.1 mit Verweis auf Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2002 vom 27. November 2002 E. 3.3). Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorschriften der Ausschreibung und der Unterlagen nicht entspricht, ist im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter wie auch dasjenige der Transparenz problematisch (BVGE 2007/13 E. 3.1 mit Verweis auf den Entscheid der BRK vom 23. Dezember 2005, veröffentlicht in VPB 70.33 E. 2a/aa). Die Auftraggeberin schliesst Angebote mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren aus (Art. 19 Abs. 3 BoeB). Der Offerent ist indessen nicht schon wegen unbedeutender Mängel der Offerte oder eines Verhaltens mit Bagatelldarakter auszuschliessen (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 271 ff. mit Hinweisen). Vielmehr kann gestützt auf das Verbot des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV; sowie etwa BGE 128 II 139 E. 2a) nach der Rechtsprechung der BRK unter Umständen verlangt werden, dass dem Anbieter Gelegenheit gegeben wird, den ihm vorgehaltenen Formmangel zu beheben (Entscheid der BRK vom 23. Dezember 2005, a.a.O., E. 3b/cc).

**3.2** Gemäss der am 27. Juni 2008 im SHAB Nr. 123/2008 publizierten Ausschreibung musste für die Schlüsselpersonen ausdrücklich ein "Referenzobjekt in gleicher Funktion mit vergleichbarer Komplexität und aus dem gleichen Fachbereich innerhalb der letzten 10 Jahre" nachgewiesen werden.

In den einzureichenden Formularen waren bezüglich dieses Referenzobjektes unter der Rubrik "Referenzobjekt Nr. 1" Angaben (1) zu diesem Projekt, (2) zum Fachgebiet, (3) zum Bauherrn, (4) zum Zeitraum, (5) zur Auftragssumme und (6) zur auskunftsermächtigten Kontaktperson der Referenzstelle (inkl. direkter Telefonnummer) zu machen. Anzugeben war weiter, ob die Ausführung auf HSL unter Verkehr erfolgte (anzukreuzen war ja oder nein) bzw. was aus der Sicht der Schlüsselperson besonders erfolgreich in diesem Projekt war.

**3.2.1** In den eingereichten Offertunterlagen der Beschwerdeführerinnen fehlen beim "Bauführer Instandsetzung Kunstbauten" sowie beim "Bauführer Kunstbauten Neubau" effektiv Angaben zur Frage der Ausführung auf HSL unter Verkehr bzw. die entsprechenden Kreuzchen. Zur Frage, was aus der Sicht dieser beiden Personen am angegebenen Projekt besonders erfolgreich gewesen war, fehlen ebenfalls Angaben. Beim "Bauführer Kunstbauten Neubau" fehlt zudem die anzugebende direkte Telefonnummer der zur Auskunft ermächtigten Kontaktperson der Referenzstelle.

Ob es sich dabei für sich allein betrachtet tatsächlich um Mängel handelt, die so bedeutsam sind, dass sie die Vergabestelle dazu berechtigt hätten, das Angebot der Beschwerdeführerinnen – ohne Ansetzen einer Nachfrist zu deren Behebung – auszuschliessen, erscheint fraglich. Die Frage, ob die Vergabestelle in dieser Hinsicht überspitzt formalistisch gehandelt hat, kann indessen offen gelassen werden, da der Ausschluss der Beschwerdeführerinnen, wie im Folgenden darzulegen ist, prima-facie aus anderen Gründen gerechtfertigt ist.

**3.2.2** Als entscheidend für die hier vorzunehmende prima-facie-Beurteilung erweist sich folgender Umstand. Gemäss Ausschreibung war für jede Schlüsselperson ein Referenzprojekt anzugeben. Dabei handelt es sich um einen Nachweis zur Beurteilung der Eignung eines Unternehmens bzw. Angebots im Sinne von Art. 9 BoeB.

**3.2.2.1** Vorauszuschicken ist, dass beim Entscheid darüber, ob ein Angebot von vornherein auszuschliessen oder aber - allenfalls mittels Rückfragen - zu bereinigen ist, der Vergabestelle nach der Rechtsprechung ein erhebliches Ermessen zukommt. Die Vergabestelle muss aber in jedem Fall alle Anbietenden gleich behandeln (BVGE 2007/13 E. 6.2 mit Verweis auf AGVE 1998 S. 397 ff. E. d/cc/aaa). Betrifft die Unvollständigkeit wesentliche Punkte des Angebots, muss es grundsätzlich ausgeschlossen werden (AGVE 1999 S. 341 ff. E. 3b/ee). Sobald der Ausschlussgrund ein gewisses Gewicht aufweist, können festgestellte Mängel ohne Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes oder des Verbots des überspitzten Formalismus zum Ausschluss führen (BVGE 2007/13 E. 6.2).

Unverhältnismässig wäre ein Ausschluss namentlich dann, wenn lediglich Bescheinigungen (etwa betreffend die Zahlung von Steuern) fehlen, deren Nachreichung sich nicht auf das Preis-Leistungs-Verhältnis

der Offerte auswirkt (BVGE 2007/13 E. 3.3 mit Verweis auf das Urteil U 01 109 des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 2. November 2001, auszugsweise veröffentlicht in Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden [PVG] 2001 N. 41 E. 1 und ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, a.a.O., S. 110). Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass der Ausschluss von Anbietern wegen nicht fristgerecht eingereicherter Eignungsnachweise im selektiven Verfahren von der BRK nicht beanstandet worden ist (BVGE 2007/13 E. 3.3 mit Verweis auf Entscheid der BRK vom 8. Oktober 2002, veröffentlicht in VPB 67.5 insbes. E. 2b).

**3.2.2.2** Zum Eignungskriterium des aussagekräftigen Referenzobjektes für Schlüsselpersonen ist in Erinnerung zu rufen, dass nach konstanter Rechtsprechung der Vergabestelle bei der Wahl von Eignungskriterien und der einzureichenden Eignungsnachweise (Nachweis finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Leistungsfähigkeit) sowie bei der Bewertung dieser Eignungskriterien ein grosser Ermessensspielraum zusteht, in den das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreifen darf, zumal im Beschwerdeverfahren nach Art. 31 BoeB Unangemessenheit nicht gerügt werden kann. Das Bundesverwaltungsgericht hat nur einzugreifen, wenn die Vergabestelle ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat (BGE 125 II 86 E. 6; Urteil des Bundesgerichts 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 1.5; Entscheide der BRK vom 22. März 2004, veröffentlicht in VPB 68.88 E. 4b, VPB 68.119 E. 4 d/aa)

Dies galt gemäss der Rechtsprechung der BRK, von der abzuweichen für das Bundesverwaltungsgericht kein Anlass besteht, auch in Bezug auf den Entscheid der Vergabestelle darüber, welche als Referenz erwähnten Arbeiten sie als mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar erachtete (Zwischenverfügung der BRK 2006-011 vom 22. August 2006 E. 5c/cc).

Das Bundesverwaltungsgericht hat somit prima-facie keinen Grund, die Würdigung der Vergabestelle in Frage zu stellen, wonach das – für den als Baustellenchef-Stellvertreter bzw. als "Bauführer Strassenbau" vorgesehenen Herrn Z.\_\_\_\_\_ – als "Referenzprojekt Nr. 1" angegebene Projekt, das lediglich mit einer Auftragssumme von Fr. 400'000.- beziffert war, sich in Bezug auf Komplexität oder Auftragsvolumen (Fr. 69'658'317.15 - Fr. 80'050'984.15) mit den zu vergebenden Arbeiten nicht vergleichen lasse. Dass hier die Vergabestelle das ihr zustehen-

de Ermessen überschritten oder missbraucht haben könnte, ist nicht ersichtlich, zumal sich die Beschwerdeführerinnen in ihren Eingaben ans Bundesverwaltungsgericht darauf beschränken, auszuführen, dass das der Offerte beigelegte Personalblatt von Herrn Z.\_\_\_\_\_ mindestens drei weitere Referenzobjekte im geforderten Rahmen aufweise, ohne auszuführen, weshalb diese oder das als "Referenzprojekt Nr. 1" angegebene Projekt trotz der vergleichsweise geringen Bausumme mit dem zu vergebenden Projekt vergleichbar sein sollten.

Dasselbe gilt auch in Bezug auf die Würdigung des für den "Bauführer Instandsetzung Kunstbauten" aufgeführten Projektes "ARGE (...)", zu dem die Vergabestelle in ihrer Vernehmlassung vom 5. Dezember 2008 festhalten, VRA stehe für Verkehrsregelanlagen, inwieweit dieses Projekt mit der Instandsetzung von Kunstbauten zu tun haben sollte, sei nicht ersichtlich.

**3.2.2.3** Mit der Vergabestelle ist davon auszugehen, dass die Offerentinnen angesichts der ihnen obliegenden Mitwirkungspflichten (Art. 13 VwVG i.V.m. Art. 26 BoeB) im auszufüllenden Formular das oder die ihrer Ansicht nach am meisten geeigneten Referenzobjekt(e) selber angeben müssen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen erscheint es prima-facie nicht als rechtswidrig, dass die Vergabestelle keine weiteren Abklärungen traf, nachdem sie das beim als Baustellenchef-Stellvertreter bzw. als "Bauführer Strassenbau" vorgesehenen Herrn Z.\_\_\_\_\_ als "Referenzobjekt Nr. 1" angegebene Projekt nicht als genügende Referenz erachtete. Prima-facie nicht zu beanstanden ist ferner, dass die Vergabestelle keine weiteren Auskünfte einholte zu den Objekten, welche auf dem Personalblatt von Z.\_\_\_\_\_ erwähnt waren und die – angesichts der im Rahmen der Instruktion bei den Beschwerdeführerinnen erfragten Bausummen – mit wenigen Ausnahmen kleinere Projekte betrafen. Dass die von den Beschwerdeführerinnen vorgesehenen Schlüsselpersonen der Vergabestelle allenfalls bereits auf Grund früherer Tätigkeit bekannt waren, vermag daran nichts zu ändern (VG Zürich: VB.2003.0028 E. 3.5. zitiert in GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 278).

#### **4.**

Nach dem Gesagten kommt das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen einer prima-facie-Würdigung der Akten zum Schluss, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdeführerinnen mangels Eignung zu Unrecht ausge-

geschlossen haben könnte.

Auf die weiteren von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachten sinn- gemäss wohl Art. 23 Abs. 2 BoeB betreffenden formellen Rügen ist nicht weiter einzugehen, da sie nicht zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führen würden, sondern lediglich im Kostenpunkt berücksichtigt werden könnten (vgl. MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Michael Leupold et al. [Hrsg.], Der Weg zum Recht: Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, S. 415).

Angesichts der vorgenommenen vorläufigen Prüfung der materiellen Rechtslage können den von den Beschwerdeführerinnen gestellten Anträgen auf Aufhebung der Zuschlagsverfügung und eventuelle Rückweisung der Sache an die Vergabestelle, damit diese gestützt auf verbindliche Weisungen die Sache neu beurteile, keine Erfolgchancen zuerkannt werden.

Bei dieser im Rahmen der aufschiebenden Wirkung vorgenommenen summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten der Beschwerde ist in aller Regel, wie auch im vorliegenden Fall, auf die Anhörung von Zeugen, wie sie die Beschwerdeführerinnen in ihrer Stellungnahme vom 17. Dezember 2008 erwähnen, zu verzichten.

Eine Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen erübrigt sich bei diesem Stand der Dinge. Dem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung kann deshalb nicht stattgegeben werden. Damit fällt die vom Bundesverwaltungsgericht am 20. November 2008 superprovisorisch verfügte aufschiebende Wirkung dahin.

## **5.**

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorliegenden Zwischenentscheids ist mit dem Endentscheid zu befinden.

**Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

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

**2.**

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheids wird mit dem Endentscheid befunden.

**3.**

Dieser Zwischenentscheid geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SHAB Nr. 208; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerinnen (Einschreiben; auszugsweise).

Die Instruktionsrichterin:

Der Gerichtsschreiber:

Vera Marantelli

Said Huber

**Rechtsmittelbelehrung:**

Dieser Zwischenentscheid kann, soweit davon auszugehen ist, dass er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110) und dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG), gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG innert dreissig Tage seit Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne angefochten werden.

Versand: per Fax am 14. Januar 2009 (BF und Vergabestelle)  
per Post am 15. Januar 2009