



Abteilung II
B-307/2016

Urteil vom 23. März 2016

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),
Richter Hans Urech, Richter Francesco Brentani,
Gerichtsschreiberin Beatrice Badilatti.

Parteien

X. _____ AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössische Technische Hochschule Zürich ETH,
Infrastrukturbereich Immobilien,
Kreuzplatz 5, 8092 Zürich,
Vergabestelle,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen - ETH Zürich,
Gebäudeautomation – Ausschluss und Widerruf der
Zuschlagsverfügung – SIMAP-Meldungsnummer 894201
(Projekt-ID 129271).

Sachverhalt:**A.**

A.a Am 24. Juli 2015 schrieb die Eidgenössische Technische Hochschule Zürich (im Folgenden: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "ETH Zürich, Gebäudeautomation – Ersatz, Submission für GA-Planerleistungen zum Ersatz einer Gebäudeautomation-Anlage" einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus. Gemäss detailliertem Aufgabenbeschrieb (Ziffer 2.5 der Ausschreibung) sucht die Vergabestelle Leistungen eines Gebäudeautomation-Ingenieurs, eines Gebäudeautomation-Fachbauleiters und eines Gesamtleiters für den Ersatz der Gebäudeautomationssysteme (GA) inkl. Nebenarbeiten im Institutsgebäude Clausiusstrasse (CLA).

A.b Nachdem acht Angebote eingegangen waren, publizierte die Vergabestelle am 19. November 2015 den Zuschlag an die X.____ AG.

A.c Am 9. Dezember 2015 verfügte die Vergabestelle den Widerruf des Zuschlags vom 19. November 2015 und den Ausschluss der X.____ AG, da diese die Anforderungen der Eignungskriterien nicht erfüllt habe. Die Vergabestelle teilte der X.____ AG mit, dass namentlich die Eignungskriterien gemäss den Ziffern 4.3.2, 4.3.4 und 4.3.5 nicht erfüllt seien. Der Widerruf der Zuschlagsverfügung vom 19. November 2015 wurde sodann am 10. Dezember 2015 auf der Internetplattform SIMAP publiziert. Als Begründung des Widerrufs wurde die Neubewertung der Eignungs- und Zuschlagskriterien angeführt.

A.d Die Vergabestelle publizierte am 11. Januar 2016 den neuen Zuschlag an die Y.____ AG (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin). Dazu führte die Vergabestelle namentlich aus, dass die beste Bewertung in den Kriterien Qualität und Referenzen der Schlüsselpersonen und des Unternehmens für die Zuschlagserteilung ausschlaggebend gewesen sei.

B.

Gegen die Verfügung vom 9. Dezember 2015 erhob X.____ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) am 15. Januar 2016 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht mit dem Antrag, den Widerruf aufzuheben und die Verfügung vom 19. November 2015 zu bestätigen. In prozessualer Hinsicht beantragte sie die Zusammenführung des vorliegenden Verfahrens mit

dem Verfahren der in diesem Zusammenhang bereits angekündigten Beschwerde betreffend den Zuschlag vom 11. Januar 2016. Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin vor, dass weder das Widerrufsschreiben vom 9. Dezember 2015 noch die Publikation auf der Internetplattform SIMAP vom 10. Dezember 2015 eine Rechtsmittelbelehrung enthalten, weshalb der Widerruf bereits aus diesem Grund aufzuheben sei. In Bezug auf die Eignungskriterien führt die Beschwerdeführerin aus, dass sie betreffend die Ziffer 4.3.2 Referenzen eingereicht habe, welche den Vorgaben entsprechen würden. Weiter würde der GA-Fachbauleiter über die erforderlichen Referenzen im Bereich der Gebäudeautomation verfügen (vgl. Ziffer 4.3.4). Auch habe sie das Kriterium einer qualitativ angemessenen Stellvertretung für den GA-Ingenieur und den GA-Fachbauleiter erfüllt (Ziffer 4.3.5). Wenn die Vergabestelle nun behaupte, sie habe keine angemessene Stellvertretung benannt, handle sie überspitzt formalistisch und treuwidrig. Die Beschwerdeführerin weist ausserdem darauf hin, dass, obwohl sie am 9. Dezember 2015 aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen worden war, die Anzahl der eingereichten Angebote bei der zweiten Vergabe unverändert geblieben sei.

C.

C.a Wie angekündigt erhob die Beschwerdeführerin am 18. Januar 2016 auch Beschwerde gegen die am 11. Januar 2016 publizierte Zuschlagsverfügung und beantragte namentlich, es sei der Zuschlag aufzuheben und der Beschwerdeführerin zu erteilen. In prozessualer Hinsicht verlangte sie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung und die Vereinigung dieses Verfahrens (B-351/2016) mit dem vorliegenden Verfahren.

C.b Mit Verfügung vom 19. Januar 2016 wurde im Verfahren B-351/2016 superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt.

D.

D.a Am 1. bzw. 2. Februar 2016 reichte die Vergabestelle neben der Vernehmlassung auch die Vergabeakten ein. Sie beantragt, es sei die Beschwerde abzuweisen und der Widerruf bzw. der Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Submissionsverfahren zu bestätigen. Daneben stellte sie auch die Verfahrensanträge, es seien die Beschwerdeverfahren betreffend Widerruf und betreffend Zuschlag vom 11. Januar 2016 getrennt zu führen, wobei das Beschwerdeverfahren über den Zuschlag einstweilen

zu sistieren sei. Die Vergabestelle räumt ein, dass weder das Widerrufs-schreiben vom 9. Dezember 2015 noch die Publikation auf der Internet-plattform SIMAP vom 10. Dezember 2015 eine Rechtsmittelbelehrung ent-halten. Da das Fehlen der Rechtsmittelbelehrung jedoch kein Nichtigkeits-grund sei und die Beschwerdeführerin ihr Beschwerderecht wahrgenom-men habe, seien die Verfügungen nicht aufzuheben. Betreffend die Nicht-erfüllung der Eignungskriterien bringt die Vergabestelle vor, dass die Be-schwerdeführerin keine den Vorgaben von Ziffer 4.3.2 genügenden Fir-menreferenzen eingereicht habe. Sowohl das Referenzprojekt Nr. 1 als auch das Referenzprojekt Nr. 2 seien nicht von der Beschwerdeführerin, sondern von der Zuschlagsempfängerin durchgeführt worden. Der dama-lige Projektleiter sei zwar nun Arbeitnehmer bei der Beschwerdeführerin, die Referenz sei jedoch keine Firmenreferenz. Die Beschwerdeführerin habe sodann mangelnde Referenzen von Schlüsselpersonen eingereicht (Ziffer 4.3.4). In Bezug auf die Vorgaben der Ziffer 4.3.5 legt die Vergabe-stelle dar, dass der GA-Fachbauleiter als Stellvertreter des GA-Projektlei-ters nicht die nötigen Referenzen als GA-Projektleiter erbringe. Zudem fehle im Organigramm eine entsprechende Stellvertretungsregelung des GA-Fachbauleiters mit ausgewiesenen Referenzen. Aus diesen Gründen sei der Zuschlag vom 19. November 2015 widerrufen worden, nachdem ein Projektleiterwechsel auf Seiten der Vergabestelle die fehlende Eignung der Beschwerdeführerin zu Tage gebracht habe. Die Vergabestelle habe von ihrem jederzeitigen Widerrufsrecht Gebrauch gemacht.

D.b Am 3. Februar 2016 stellte der Instruktionsrichter die geschwärzte Ver-sion der Vergabeakten der Beschwerdeführerin zu.

E.

Mit Zwischenverfügung vom 10. Februar 2016 wurde im Verfahren B-351/2016 dem Begehren auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ent-sprochen. Gleichzeitig wurde der Antrag der Beschwerdeführerin auf Ver-einigung der Verfahren B-307/2016 und B-351/2016 abgewiesen und das Verfahren B-351/2016 sistiert.

F.

Mit Verfügung vom 11. Februar 2016 wurden der Beschwerdeführerin an-tragsgemäss die Bewertungen der Zuschlagskriterien der Zuschlagsemp-fängerin beim ersten Vergabeantrag vom 7. Oktober 2015 und beim zwei-ten Vergabeantrag vom 7. Januar 2016 offengelegt, nachdem die Verga-bestelle einer entsprechenden Zustellung dieser Beilagen (Beilagen 6 und 16 der Vergabestelle) zugestimmt hatte.

G.

Mit Replik vom 18. Februar 2016 brachte die Beschwerdeführerin vor, dass sie gemäss Vergabeantrag vom 7. Januar 2016 bei der Neubewertung und Neuvergabe trotz dem angeblichen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren im Offertvergleich immer noch sämtliche Eignungskriterien erfülle. Aufgrund dessen sei die Beschwerdeführerin faktisch nicht aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen worden. Aus den Vergabeakten sei zudem nicht ersichtlich, weshalb sie die Eignungskriterien nicht mehr erfüllt habe. Der Entscheid, die Beschwerdeführerin auszuschliessen, entbehre demnach jeglicher Grundlage und sei willkürlich. Dies umso mehr, als die Beschwerdeführerin die Eignungskriterien bei der ersten Vergabe mit guten Beurteilungen erfüllt habe. Für die Beschwerdeführerin ist weiter fraglich, wie zwei Projektleiter der Vergabestelle zu derart unterschiedlichen Resultaten bei der Bewertung der Zuschlagskriterien kommen konnten. So habe namentlich die Preisbewertung massgebende Veränderungen erfahren. Auch bei den anderen Zuschlagskriterien habe man die Bewertungen zum Nachteil der Beschwerdeführerin geändert. Dieses Vorgehen sei nicht nachvollziehbar. Schliesslich sei nicht ersichtlich, weshalb eine erneute Überprüfung der Vergabe stattgefunden habe und im Bereich der Zuschlagskriterien – nicht der Eignungskriterien – zu einem völlig anderen Ergebnis geführt habe.

H.

Die Vergabestelle führt mit Duplik vom 25. Februar 2016 aus, dass sie die Beschwerdeführerin am 7. Dezember 2015 auf die Feststellung der Nichterfüllung der Eignungskriterien hingewiesen habe. An dieser Besprechung sei erklärt worden, dass die nötigen Firmenreferenzen nicht erfüllt seien, die Schlüsselpersonen die verlangten Referenzen nicht vorweisen könnten und eine Stellvertretung fehle. Der Vertreter der Beschwerdeführerin habe sich anschliessend in dem Sinne geäussert, als diese Feststellungen korrekt seien. Die Beschwerdeführerin habe sich sodann am 8. Dezember 2015 auf entsprechenden Vorschlag der Vergabestelle hin geweigert, ihr Angebot "gesichtswahrend" zurückzuziehen. Folglich sei die Beschwerdeführerin aus dem Verfahren ausgeschlossen worden. Dieser Ausschluss erkläre auch, weshalb die Bewertung der Zuschlagskriterien der Beschwerdeführerin in den Qualifikationen des GA-Ingenieurs und GA-Fachbauleiters auf "0" gesetzt worden sei. Diese Bewertung sei jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

I.

Am 26. Februar 2016 wurde der Schriftenwechsel geschlossen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen; Urteil des BVGer B-6177/2008 vom 25. November 2008, auszugsweise publiziert als BVGE 2008/61, nicht publizierte E. 2.1 mit Hinweisen).

1.2 Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) 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.

1.3 Anfechtungsobjekt ist im vorliegenden Verfahren die Verfügung vom 9. Dezember 2015, mit welcher die Vergabestelle den Zuschlag vom 19. November 2015 widerrufen und die Beschwerdeführerin ausserdem aus dem Verfahren ausgeschlossen hat. Die Beschwerdeführerin macht dabei im Wesentlichen geltend, dass der Widerruf des Zuschlags bzw. der Ausschluss aus dem Verfahren unrechtmässig war, da sie entgegen der Ansicht der Vergabestelle die Eignungskriterien erfülle. Die Beschwerde bezieht sich damit auf einen Umstand – die Nichterfüllung der Eignungskriterien – welcher vor oder mit Erteilung des Zuschlags den Ausschluss und nach Erteilung des Zuschlags den Widerruf einer Zuschlagsverfügung gestützt auf Ausschlussgründe zur Folge hat (vgl. Art. 11 Bst. a BöB).

Gegen Verfügungen über den Widerruf eines Zuschlags ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nach herrschender Ansicht zulässig, auch wenn der Widerruf nicht explizit als Anfechtungsobjekt in Art. 29 BöB genannt wird (vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1377 mit Hinweisen; HANS RUDOLF TRÜEB, Kommentar zum Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB), in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Kommentar Wettbewerbsrecht, Band II [im Folgenden: BöB-Kommentar], Zürich 2011, Rz. 7 zu Art. 29 BöB). Vorliegend handelt es sich um einen anbieterbezogenen Widerruf des Zuschlags im Gegensatz zu einem sich auf Abbruchgründe stützenden

Widerruf des Zuschlags (vgl. zum Ganzen die Zwischenverfügung des BVGer B-6136/2007 vom 30. Januar 2008 E. 6.1). Damit ist der Widerruf vom 9. Dezember 2015 jedenfalls eine im Sinne von Art. 29 BöB an das Bundesverwaltungsgericht anfechtbare Verfügung. Demnach kann im vorliegenden Zusammenhang offen gelassen werden, ob die Vergabestelle den Zuschlag gestützt auf Ausschlussgründe oder aufgrund einer Neuevaluation anhand der Zuschlagskriterien widerrufen hat, da der Widerruf jedenfalls anbieterbezogen erfolgt ist. Da der Anbieterin auch mitgeteilt worden ist, dass sie aus dem Verfahren ausgeschlossen wird, und demnach alle Rügen der Beschwerdeführerin zu hören sind, braucht auch nicht weiter auf die Frage eingegangen zu werden, ob mit dem Widerruf ein Ausschluss verbunden werden durfte oder gar musste (vgl. dazu etwa TRÜEB, BöB-Kommentar, Rz. 1 f. zu Art. 11 BöB; vgl. zur Parallelität von Abbruch und Widerruf das Urteil des BVGer B-536/2013 vom 29. Mai 2013 E. 1.4.3.1).

2.

2.1 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 Abs. 1 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.

2.2 Die Vergabestelle ist in Art. 2 Abs. 1 Bst. c BöB ausdrücklich als Vergabestelle genannt und untersteht somit trotz eigener Rechtspersönlichkeit dem BöB (BVGE 2008/61 E. 3.4).

2.3 Die Vergabestelle geht gemäss Ziffer 2.1 der Ausschreibung von einem Dienstleistungsauftrag aus. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA bzw. Anhang 1a zur Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11). Hierfür wiederum massgeblich ist die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen (CPCprov; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3). Die Ausschreibung

ordnet die Beschaffung der CPV-Nummer 71000000, Dienstleistungen von Architektur-, Konstruktions- und Ingenieurbüros und Prüfstellen ein, die gemäss Ziffer 2.1 der Ausschreibung der CPC-Kategorie "[12] Architektur; technische Beratung und Planung und integrierte technische Leistungen; Stadt- und Landschaftsplanung; zugehörige wissenschaftliche und technische Beratung" zugeordnet wird. Die CPV-Nummer 71000000 entspricht vorliegend einer der CPCprov-Gruppe 867 zugeordneten Dienstleistung, welche vom Anhang 1 Annex 4 GPA bzw. vom Anhang 1a des VöB erfasst wird.

2.4 Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. a und b der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 vom 2. Dezember 2013 (AS 2013 4395) ist das BöB anwendbar, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Liefer- oder Dienstleistungsauftrags (ohne MwSt.) den Schwellenwert von Fr. 230'000.– erreicht. Der Zuschlag vom 19. November 2015 wurde für den Preis von Fr. 103'849.– (exkl. MwSt.) vergeben; jener vom 11. Januar 2016 für den Preis von Fr. 151'570.60 (exkl. MwSt.). Massgebend für die Frage, ob der Schwellenwert erreicht ist, ist nach Art. 6 Abs. 1 BöB die in Art. 14a Abs. 1 VöB vorgeschriebene Schätzung des Auftragswerts durch die Vergabestelle (Urteile des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 2.4 und B-2778/2008 vom 20. Mai 2009 E. 2.4; vgl. zum Ganzen MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 946 mit Fn. 1109). Gemäss Ziffer 8.1 des Berichts "Vorprojekt Ersatz GA CLA" (Beilage 19 der Vergabestelle) geht die Vergabestelle von Fr. 282'768.– für die Planerleistungen aus. Da sich die Diskrepanzen zwischen Schätzung und Offertsummen vorliegend in einem gewissen Rahmen halten und auch eine Offerte mit einem Preis oberhalb des Schwellenwerts eingereicht worden ist, ist die Auftragswertschätzung, welche im Zweifel ohnehin eher grosszügig sein soll (Urteil des BVGer B-4658/2009 vom 6. August 2009 E. 4.6.3; vgl. dazu auch JACQUES DUBEY, La jurisprudence des marchés publics entre 2012 et 2014, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich 2014, S. 89 ff., insbesondere S. 119), jedenfalls nicht zu beanstanden. Die Vergabestelle hat ihre eigene Kostenschätzung denn auch nicht in Frage gestellt.

2.5 Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) und ist durch die angefochtene Verfügung – der ihr erteilte Zuschlag wurde widerrufen und sie wurde aus dem

Vergabeverfahren ausgeschlossen – besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG). Ein schutzwürdiges Interesse ist ebenfalls zu bejahen: Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei der Widerruf des Zuschlags vom 9. Dezember 2015 aufzuheben und die Verfügung der Vergabestelle vom 19. November 2015 zu bestätigen. Sollte die vorliegende Beschwerde demnach gutgeheissen und der Widerruf vom 9. Dezember 2015 aufgehoben werden, wäre auch die Rechtsbeständigkeit des von der Beschwerdeführerin ebenfalls angefochtenen, am 11. Januar 2016 publizierten Zuschlags in Frage gestellt, womit die ursprüngliche Zuschlagsverfügung zugunsten der Beschwerdeführerin allenfalls wieder Geltung beanspruchen könnte (vgl. mutatis mutandis zur Legitimation in Bezug auf Abbruchverfügungen das Urteil des BVGer B-536/2013 vom 29. Mai 2013 E. 1.4.3.2).

2.6 Die Anfechtung der Verfügung vom 9. Dezember 2015 ist fristgerecht erfolgt (Art. 30 BöB, Art. 50 Abs. 1 VwVG). Auch die Form der Beschwerde ist gewahrt (Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss ist fristgerecht bezahlt worden (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

2.7 Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Beschwerde grundsätzlich einzutreten ist. Ausserhalb des Streitgegenstands liegt indessen der Antrag der Beschwerdeführerin, es sei die Zuschlagsverfügung vom 19. November 2015 zu bestätigen.

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin rügt vorab, dass die Verfügung vom 9. Dezember keine Rechtsmittelbelehrung enthalten habe und deshalb aufzuheben sei. Auch sei der Widerruf auf der Internetplattform SIMAP vom 10. Dezember 2015 ohne Rechtsmittelbelehrung publiziert worden. Dagegen bringt die Vergabestelle vor, dass eine fehlende Rechtsmittelbelehrung kein Nichtigkeitsgrund sei und die Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall keine Nachteile erlitten habe.

3.2 Gemäss Art. 35 Abs. 1 VwVG sind Verfügungen als solche zu bezeichnen, zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Nach Art. 38 VwVG darf aus einer mangelhaften Eröffnung einer Verfügung kein Nachteil für die Betroffenen entstehen. Die Mangelhaftigkeit der Eröffnung hat jedoch nur Folgen, wenn die Betroffenen einem Irrtum unterliegen und aufgrund dieses Irrtums einen Nachteil erleiden. Im Fall einer fehlenden Rechtsmittelbelehrung erleidet der Betroffene keinen Nachteil, wenn er trotzdem das richtige Rechtsmittel fristgerecht einreicht (vgl. ALFRED

KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 641 und 646 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Die Beschwerdeführerin hat vorliegend keinen Nachteil erlitten, weshalb ihre Rüge, die Verfügung vom 9. Dezember 2015 sei aufgrund einer fehlenden Rechtsmittelbelehrung aufzuheben, unbegründet ist. Damit braucht nicht näher erörtert zu werden, ob der Umstand, dass der Widerruf in Art. 29 BöB nicht explizit als anfechtbare Verfügung genannt ist (vgl. E. 1.3 hiavor), ebenfalls gegen die Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung wegen fehlender Rechtsmittelbelehrung spricht.

4.

4.1 Materiell macht die Beschwerdeführerin geltend, dass sie die Eignungskriterien gemäss den Ziffern 4.3.2, 4.3.4 und 4.3.5 entgegen der Ansicht der Vergabestelle erfüllt. Zudem sei aus den Vergabeakten nicht ersichtlich, weshalb die Vergabestelle die Eignungskriterien nicht mehr als erfüllt erachtet habe. Der Widerruf der Zuschlagsverfügung entbehre demnach jeglicher Grundlage und sei willkürlich. Dies umso mehr, als die Beschwerdeführerin die Eignungskriterien bei der ersten Vergabe mit guten Beurteilungen erfüllt habe. Für die Beschwerdeführerin ist es ausserdem nicht nachvollziehbar, wie der neue Projektleiter der Vergabestelle zu derart unterschiedlichen Resultaten bei der Bewertung der Zuschlagskriterien, etwa beim Preis, kommen konnte. Schliesslich sei nicht ersichtlich, weshalb eine erneute Überprüfung der Vergabe stattgefunden habe und im Bereich der Zuschlagskriterien – nicht der Eignungskriterien – zu einem völlig anderen Ergebnis geführt habe.

4.2 Dagegen bringt die Vergabestelle vor, dass der Widerruf des Zuschlags aufgrund der Tatsache der Nichterfüllung der Eignungskriterien erfolgt sei. Ein Projektleiterwechsel habe die Nichterfüllung der Eignungskriterien zu Tage gebracht. Dies sei der Beschwerdeführerin am 7. Dezember 2015 anlässlich einer Besprechung erklärt worden, worauf der Vertreter der Beschwerdeführerin die Feststellung der Nichterfüllung der Eignungskriterien anerkannt habe. Am 8. Dezember 2015 habe sodann ein Telefongespräch mit dem Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin stattgefunden, worin die Vergabestelle erneut darauf hingewiesen habe, dass die Eignungskriterien nicht erfüllt seien. Daraufhin habe sie die Beschwerdeführerin aus dem Verfahren ausgeschlossen und den Zuschlag widerrufen. Dieser Ausschluss erkläre auch, weshalb die Bewertung der Zuschlagskriterien der

Beschwerdeführerin betreffend die Qualifikationen des GA-Ingenieurs und des GA-Fachbauleiters auf "0" gesetzt worden sei.

4.3 Um im vorliegenden Fall überprüfen zu können, ob die Vergabestelle den Zuschlag vom 19. Dezember 2015 rechtmässig widerrufen hat, müssen die Grundlagen, Kriterien und Überlegungen der Vergabestelle, welche zum Entscheid geführt haben, für die Beschwerdeinstanz ersichtlich sein. Es stellt sich damit in erster Linie die Frage, ob die Vergabestelle ihrer Dokumentationspflicht mit Blick auf den Widerruf des Zuschlags in genügender Weise nachgekommen ist. Vorab ist indessen auf die Frage einzugehen, unter welchen Voraussetzungen ein Zuschlag gestützt auf Art. 11 Bst. a BöB widerrufen werden darf.

4.4

4.4.1 Sofern die Antwort auf die Frage, ob eine formell-rechtskräftige Verfügung geändert werden kann, dem einschlägigen Gesetz nicht entnommen werden kann, kommen die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum Widerruf rechtskräftiger Verfügungen zur Anwendung. Gemäss diesen Grundsätzen ist eine Abwägung vorzunehmen, ob dem Postulat der richtigen Anwendung des objektiven Rechts oder dem Interesse an der Wahrung der Rechtssicherheit der Vorrang gebührt (vgl. die Zwischenverfügung des BVGer B-6136/2007 vom 30. Januar 2008 E. 8; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 712 ff.). Da es sich vorliegend um eine Verfügung betreffend den Widerruf des Zuschlags wegen fehlender Eignung handelt, ist die in Art. 11 BöB enthaltene spezialgesetzliche Regelung anwendbar. Nach Art. 11 Bst. a BöB kann die Vergabestelle den Zuschlag widerrufen oder eine Anbieterin aus dem Verfahren ausschliessen, wenn diese die geforderten Eignungskriterien nicht mehr erfüllt (BGE 134 II 192 E.2.3; vgl. zum Widerruf im Zusammenhang mit einem Verfahrensabbruch das Urteil des BVGer B-536/2013 vom 29. Mai 2013 E. 3.2.3; MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergabe und Schadenersatz, Zürich/Basel/Genf, 2004, Rz. 364 f.). Damit ist bereits nach dem Wortlaut der anzuwendenden Bestimmung davon auszugehen, dass zumindest in der Regel davon ausgegangen wird, dass der Widerrufsgrund erst nach dem Zuschlag eintritt, wenn als Voraussetzung definiert wird, dass die Eignung "nicht mehr" gegeben ist (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1377 in fine). Die Vergabestelle macht indessen im vorliegenden Fall ausdrücklich nicht geltend, dass sich der beurteilungsrelevante Sachverhalt seit Ergehen des Zuschlags an die Beschwerdeführerin geändert hat.

4.4.2 Art. 11 Bst. a BöB ist indessen nicht dahingehend auszulegen, dass ein Widerruf des Zuschlags bei ursprünglicher Nichterfüllung der Eignungskriterien spezialgesetzlich ausgeschlossen werden soll. Nach allgemeinem Verwaltungsrecht kann auch eine ursprünglich fehlerhafte Verfügung unter gewissen Voraussetzungen widerrufen werden, auch wenn es sich um eine den Rechtsunterworfenen begünstigende Anordnung handelt (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 1216 i.V.m. Rz. 1534 in fine; STEFAN SCHERLER, Die Verfügungen im Vergaberecht, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2012, S. 347 ff., insb. S. 363 f.). So ist etwa ein Sachverhalt denkbar, wonach bei besonders risikoreichen Aufträgen ein Projektleiter der Vergabestelle die Eignung einer Anbieterin fälschlicherweise bejaht, obwohl eine verlangte Schlüsselperson mit den einschlägigen Qualifikationen offensichtlich fehlt, sodass das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung dasjenige an der Rechtssicherheit bzw. am Vertrauensschutz überwiegt (vgl. zu dieser Interessenabwägung E. 4.4.1 hier- vor sowie KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 713). Indessen ist auch die Rechtsprechung zu berücksichtigen, wonach die Zulässigkeit eines Widerrufs jedenfalls fraglich erscheinen muss, soweit sich dieser auf Umstände stützt, welche der Vergabestelle bereits zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung bekannt waren (vgl. dazu die Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2005.00068 vom 20. April 2005 E. 3.4 sowie VB.2006.00175 vom 13. September 2006 E. 3.2.1; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 548). In diesem Zusammenhang ist wesentlich, dass der Vergabestelle in Bezug auf die Bejahung der Eignungsvoraussetzungen ein gewisser Ermessensspielraum zukommt (BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil des BVGer B-3803/2010 vom 2. Februar 2011 E. 4.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 564 mit Hinweisen). Gemäss Art. 31 BöB ist der Beschwerdegrund der Unangemessenheit für den Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens spezialgesetzlich ausgeschlossen (vgl. E. 1.2 hier- vor und zum Ganzen GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1388 mit Hinweisen). Diese Konzeption des Gesetzgebers spricht noch mehr als schon die Dogmatik des allgemeinen Verwaltungsrechts dafür, dass der anbieterbezogene Widerruf regelmässig unzulässig ist, wenn die ursprüngliche Bejahung der Eignung lediglich unangemessen, nicht aber rechtsfehlerhaft ist. Hat also die Vergabestelle im Rahmen der ersten Prüfung und Bewertung der Angebote in Ausübung ihres Ermessens etwa Referenzprojekte anerkannt, die sie ohne Rechtsverletzung auch als ungenügend hätte beurteilen können, ist sie nach dem Gesagten im Zweifel – auch während noch laufender Rechtsmittelfrist in Be-

zug auf den ursprünglichen Zuschlag – nicht zum Widerruf dieses Zuschlags gestützt auf Art. 11 BöB berechtigt. Demnach vermag die bloss anders lautende Beurteilung durch einen Projektleiter einen Widerruf jedenfalls regelmässig nicht zu begründen. Wie es sich im vorliegenden Fall in Bezug auf die einzelnen Eignungsanforderungen verhält, kann indessen aufgrund der folgenden Erwägungen offen bleiben.

4.5 Es ist vor allem mit Blick auf das Transparenzgebot zu prüfen, ob die Vergabestelle ihrer Dokumentationspflicht mit Blick auf den Widerruf des Zuschlags in genügender Weise nachgekommen ist.

4.5.1 Der Grundsatz, wonach Vergabeverfahren transparent zu gestalten sind, wird in Art. 1 Abs. 1 Bst. a BöB ausdrücklich festgehalten. Auch die Präambel des GPA (1994) betont, es sei für die Transparenz der Gesetze, Vorschriften, Verfahren und Praktiken auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens zu sorgen. Das revidierte GPA von 2012 hebt den Grundsatz der Transparenz in Art. IV Abs. 4 ausdrücklich hervor (den "legal text" des revidierten GPA ist auf https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.htm zu finden, letztmals besucht am 23. März 2016; vgl. HERMANN PÜNDER, Völkerrechtliche Vorgaben für das öffentliche Beschaffungswesen, insbesondere im Government Procurement Agreement, in: Malte Müller-Wrede [Hrsg.], Kompendium Vergaberecht, 2. Aufl., Köln 2013, S. 71 ff., insb. S. 77 f.). Das Transparenzgebot wirkt sich in allen Phasen des Vergabeverfahrens aus, wobei zwischen der Transparenz ex ante – Klarheit im Voraus – und der Transparenz ex post – Verständlichkeit im Nachhinein – unterschieden wird (MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 23 ff.). Die Ex-ante-Transparenz verlangt, dass die Regeln im Wettkampf um den Beschaffungsvertrag allen Verfahrensteilnehmern bekannt sind. In diesem Zusammenhang steht auch das Verbot der Änderung von Leistungs- und Verfahrensparametern im laufenden Verfahren (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.2). Die Ex-post-Transparenz soll demgegenüber in erster Linie den Rechtsschutz garantieren. Ob ein Vergabeverfahren rechtmässig ist, lässt sich nur beurteilen, wenn ersichtlich ist, unter Berücksichtigung welcher Grundlagen, Kriterien und Überlegungen die Vergabestelle entschieden hat (BEYELER, Ziele und Instrumente, a.a.O., Rz. 28 ff.). Entsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass nach dem Grundsatz der Transparenz die Prüfung der Offerten durch die Vergabestelle dokumentiert werden und nachvollziehbar sein muss (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-987/2009 vom 5. Novem-

ber 2009 E. 3.5). Die Transparenz ex post ist Voraussetzung für einen effektiven Rechtsschutz. Denn ohne hinreichende Dokumentation lässt sich etwa der Verdacht auf Ungleichbehandlung nachträglich weder bestätigen noch widerlegen (BEYELER, Ziele und Instrumente, a.a.O., Rz. 30 f. und 35; ELISABETH LANG, Der Grundsatz der Transparenz im öffentlichen Beschaffungsrecht, in: Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 109 f.).

4.5.2 Die Dokumentationspflicht der Vergabestelle bezieht sich sowohl auf die Bewerberselektion im Rahmen der Eignungsprüfung als auch auf Bewertung der Zuschlagskriterien, indem die Vergabestelle einen Evaluationsbericht zu erstellen hat (BEYELER, Ziele und Instrumente, a.a.O., Rz. 63 f. mit Hinweisen auf die Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK]; vgl. rechtsvergleichend JOSEF AICHER, Die Verfahrensgrundsätze des § 97 Abs. 1, 2 GWB, in: Müller-Wrede [Hrsg.], Kompendium des Vergaberechts, a.a.O., S. 379, Rz. 27). Auch der Erläuternde Bericht zum BöB hält in Zusammenhang mit Art. 42 Abs. 1 VE BöB fest, dass das Transparenzgebot die Dokumentation der Prüfung und Bewertung der Angebote gebiete. Im Fall einer späteren Überprüfung soll ersichtlich sein, aus welchen Gründen es zum konkreten Zuschlag kam (vgl. Erläuternder Bericht des EFD zur Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 1. April 2015, S. 68, zu finden auf https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2653/04_Erl.-Bericht-BoeB-d.pdf, zuletzt besucht am 11. März 2016). Dasselbe muss umso mehr für einen Widerruf gelten, mit welchem ein bereits erteilter Zuschlag ausnahmsweise wieder entzogen wird.

4.6

4.6.1 Vorliegend hat die Vergabestelle die Vergabeakten bis zur Erteilung des neuen Zuschlags vom 11. Januar 2016 eingereicht. Den Zuschlag vom 19. November 2015 begründete die Vergabestelle namentlich mit den sehr guten Bewertungen in den Zuschlagskriterien Kompetenz und Erfahrung der vorgesehenen Schlüsselpersonen (vgl. Beilage 12 der Vergabestelle). Gemäss Vergabeantrag (Druckdatum 7. Oktober 2015) erachtete die Vergabestelle die Eignungskriterien A, "Eignung der Firma", B, "Selbsterklärung BKB" und C, "Vollständiges Angebot" bei der Beschwerdeführerin als erfüllt. Sowohl beim Zuschlagskriterium 2 (Qualifikation des GA-Ingenieurs) als auch beim Zuschlagskriterium 3 (Qualifikation des GA-Fachbauleiters) erhielt die Beschwerdeführerin die Note 4.3 von der Maximalnote 5 (Beilage 16 der Vergabestelle). In der ersten Bewertung des Angebots der

Beschwerdeführerin vom 8. Oktober 2015 gibt die Vergabestelle bei der Eignung der Firma zwei Referenzprojekte mit entsprechender Bausumme an. Im Rahmen der Bewertung der Zuschlagskriterien 2 und 3 führt die Vergabestelle einerseits die langjährige Erfahrung des GA-Ingenieurs bzw. des GA-Fachbauleiters auf, andererseits listet sie jeweils zwei Referenzprojekte mit den entsprechenden Bausummen auf (Beilage 17 der Vergabestelle).

In der Widerrufsverfügung vom 9. Dezember 2015 weist die Vergabestelle die Beschwerdeführerin demgegenüber darauf hin, dass sie die in Ziffern 4.3.2, 4.3.4 und 4.3.5 aufgeführten Eignungskriterien nicht habe nachweisen können bzw. dass diese nicht erfüllt seien. Gemäss Publikation der Widerrufsverfügung vom 10. Dezember 2015 begründet die Vergabestelle den Widerruf der Zuschlagsverfügung mit einer Neubewertung der Eignungs- und Zuschlagskriterien. Bei der zweiten Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin für den Zuschlag vom 11. Januar 2016 erachtet die Vergabestelle die Eignungskriterien immer noch als erfüllt, während sie die Zuschlagskriterien 2 und 3 jeweils mit der Note 0 bewertet (vgl. Beilage 6 der Vergabestelle). Die Beschwerdeführerin bemängelt in diesem Zusammenhang eine Anpassung der Preisbewertungskurve vor Ergehen des neuen Zuschlags (Replik, S. 3; vgl. E. 4.1 hiervor). Darauf nicht näher eingehend führt die Vergabestelle aus, der Widerruf sei lediglich wegen nicht erfüllter Eignungskriterien erfolgt (Duplik, S. 4; vgl. E.4.2 hiervor).

4.6.2 Aus den Akten ist nicht ersichtlich, weshalb die Vergabestelle zu einer im Vergleich zur ersten Angebotsbewertung völlig anderen Beurteilung der Eignungskriterien gekommen ist. Erst im Beschwerdeverfahren erklärt die Vergabestelle, dass ein Wechsel des Projektleiters die fehlende Geeignetheit an den Tag gebracht habe. Zwar hat die Vergabestelle auch ein internes, undatiertes Papier eingereicht, welches Stichworte in Bezug auf die Schlüsselpersonen der Beschwerdeführerin enthält (vgl. Beilage 10 der Vergabestelle). Indessen geht auch daraus nicht hervor, aufgrund welcher Überlegungen und Grundlagen die Vergabestelle von ihrer ursprünglichen Beurteilung abgewichen ist. Auch die Behauptung der Vergabestelle, sie habe am 7. Dezember 2015 mit der Beschwerdeführerin eine Besprechung abgehalten, anlässlich welcher sie die Einzelheiten der Neubewertung erklärt hat, ist nicht hilfreich, da sie noch nicht einmal behauptet, diese Besprechung dokumentiert zu haben. Insoweit würde auch die von der Vergabestelle beantragte persönliche Befragung der Teilnehmer der Besprechung nicht zu einem anderen Ergebnis führen. Letztlich fehlt eine genügende Dokumentation in Bezug auf die konkreten Gründe des Widerrufs.

Auf eine Dokumentation ist im vorliegenden Fall insbesondere deshalb zu beharren, weil aus den Akten nicht klar hervorgeht, ob eine neue Eignungsprüfung oder auch eine neue Bewertung der Zuschlagskriterien zum Widerruf des Zuschlags geführt hat. Indem die Vergabestelle ihrer Dokumentationspflicht nicht nachgekommen ist, verunmöglicht sie vorliegend die Überprüfung der Rechtmässigkeit des Widerrufs. Würde die Eignung der Beschwerdeführerin und die Gleichbehandlung der Anbieter in Bezug auf die Eignungsprüfung im vorliegenden Verfahren materiell geprüft, würde dies im Ergebnis weitgehend aufgrund im Beschwerdeverfahren nachgeschobener Argumente geschehen. Angesichts dieses selten eindeutigen Sachverhalts ist auch nicht weiter zu prüfen, ob sich die Verletzung des Transparenzgebots auf die angefochtene Verfügung ausgewirkt hat. Daran ändert nichts, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Grundsatz offen gelassen worden ist, ob die Kausalität zwischen Verletzung des Transparenzgebots und Vergabeentscheid zu prüfen ist, was die BRK in ständiger Rechtsprechung abgelehnt hat (Urteil des BVGer B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 6.1; vgl. dazu die Urteilsanmerkung MARTIN BEYELER, in: Baurecht 2011, S93 S. 247, sowie GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1391).

4.7 Zusammenfassend ergibt sich, dass der Widerruf vom 9. Dezember 2015 wegen Verstosses gegen das Transparenzgebot aufzuheben ist. Die Frage, inwieweit die Vergabestelle an ihre in Zusammenhang mit der Prüfung der Eignungskriterien gemachte erste Beurteilung gebunden ist und ob der Widerruf des Zuschlags vom 19. November 2015 gerechtfertigt ist (vgl. E. 4.4 hiervor), kann somit offen gelassen werden. Soweit gestützt auf eine hinreichende Dokumentation eine zweite Widerrufsverfügung ins Auge gefasst wird, wäre eine solche wie eine Abbruchverfügung zu begründen (vgl. dazu BVGE 2012/48 E. 3.6.4). Die Auswirkungen dieses Ergebnisses auf den zweiten, am 11. Januar 2016 publizierten Zuschlag sind Gegenstand des Verfahrens B-351/2016.

5.

5.1 Der Beschwerdeführerin sind als obsiegende Partei keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG), aber auch der Vergabestelle können keine Verfahrenskosten auferlegt werden (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG).

5.2 Eine ganz oder teilweise obsiegende Partei hat Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (vgl. Art. 8 VGKE). Vorliegend wurde die Beschwerdeführerin nicht anwaltlich vertreten. Soweit ihr demnach Aufwand entstanden ist, kann davon ausgegangen werden, dass dieser nicht ausserordentlich hoch ausgefallen ist, weshalb sie trotz Obsiegens keinen Anspruch auf Entrichtung einer Parteientschädigung hat (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario und Art. 7 Abs. 1 und 4 VGKE, vgl. BGE 135 III 127 E. 4 sowie Urteile des BVGer B-4975/2013 vom 26. Februar 2016 E. 6 und A-4730/2014 vom 17. September 2015 E. 11.2).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde vom 18. Januar 2016 wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten werden kann, und die Widerrufsverfügung vom 9. Dezember 2015 aufgehoben.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP Projekt-ID 129271; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner

Beatrice Badilatti

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 BGG). Die Rechtschrift 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 24. März 2016