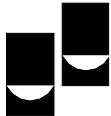


Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administratif federal



Abteilung II
B-4366/2009
{T 0/2}

Urteil vom 24. Februar 2010

Besetzung

Richterin Vera Marantelli (Vorsitz),
Richter Francesco Brentani, Richter Bernard Maitre,
Gerichtsschreiber Urs Küpfer.

Parteien

(ARGE) X._____**/Y.**_____,
bestehend aus:
1. X._____**GmbH,**
2. Y._____**AG,**
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Bundesamt für Strassen ASTRA, Filiale Winterthur,
Grüzefeldstrasse 41, 8404 Winterthur,
Vergabestelle,

Gegenstand

I+K Leistungen für Nationalstrassenprojekte (Projekt
080086, Los 4: N04/06, Tunnel Galgenbuck Neubau).

Sachverhalt:

A.

Im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 36 vom 23. Februar 2009 schrieb das Bundesamt für Strassen (ASTRA), Filiale Winterthur, (Vergabestelle) im offenen Verfahren einen Dienstleistungsauftrag (Dienstleistungskategorie CPC: [27] sonstige Dienstleistungen), bestehend aus 10 Losen, unter dem Projekttitel "I+K Leistungen für Nationalstrassenprojekte" (wobei "I+K" für "Information und Kommunikation" steht) öffentlich aus. Für die Einreichung der Angebote wurde eine Frist bis 14. April 2009 gesetzt.

Hinsichtlich der fachlichen Leistungsfähigkeit der Agentur sowie ihrer Schlüsselpersonen wurden in der Ausschreibung unter anderem Eignungsnachweise betreffend "Erfahrung in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts" verlangt. Als Schlüsselpersonen wurden dabei die Mandatsleitung und deren Stellvertretung bezeichnet.

B.

Gemäss anonymisiertem Offertöffnungsprotokoll vom 17. April 2009 hatten insgesamt 11 Unternehmen fristgerecht ein Angebot für Los 4 der Ausschreibung (Projektbezeichnung N04/06 Tunnel Galgenbuck, Neubau; Projekt-Nr. 080086 N04/06 GBT) eingereicht, darunter die Arbeitsgemeinschaft (ARGE) X. _____ / Y. _____ (Offerte vom 11. April 2009). Dieser teilte der Vergabestelle in einem Schreiben vom 17. Juni 2009 mit, sie sei "von der Bewertung des Angebotes" ausgeschlossen worden. Zur Begründung führte die Vergabestelle aus: "Die Mandatsleitung erfüllt nicht die Anforderung für die Erfahrung mit dem öffentlichen Recht (Referenz [...])". Der Zuschlag erging mit Publikation vom 17. Juni 2009 (SHAB Nr. 114 vom 17. Juni 2009) zum Preis von Fr. 496'972,12 (inklusive Mehrwertsteuer) an die Z. _____ AG in [...] (Zuschlagsempfängerin).

C.

Mit Eingabe vom 6. Juli 2009 erhob die ARGE X. _____ / Y. _____ (Beschwerdeführerinnen) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen den Vergabeentscheid des ASTRA vom 17. Juni 2009. In prozessualer Hinsicht stellten die Beschwerdeführerinnen den Antrag, ihrer Beschwerde sei zunächst superprovisorisch und alsdann definitiv die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Materiell beantragen sie die

Aufhebung des Zuschlags und die Wiederholung des Vergabeverfahrens unter Berücksichtigung ihres Angebots; unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beschwerdegegners.

Zur Begründung bringen die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen vor, gemäss den Ausschreibungsunterlagen sei von den Anbietern lediglich die "Erfahrung mit einer Organisation des öffentlichen Rechts" gefordert. In der Offerte bzw. den Referenzen habe somit nicht die Erfahrung im Umgang mit dem öffentlichen Recht, sondern diejenige im Umgang mit *einer Organisation* des öffentlichen Rechts dokumentiert werden müssen. Die Offerte der ARGE belege die Zusammenarbeit der Mandatsleitung mit öffentlichrechtlichen Organisationen ausreichend. Zudem fänden sich in den Ausschreibungsunterlagen keinerlei weitere Spezifizierungen, wie diese Anforderung allenfalls ausführlicher zu dokumentieren wäre. Subsidiär berufen sich die Beschwerdeführerinnen auf überspitzten Formalismus.

D.

Durch Zwischenverfügung vom 7. Juli 2009 gewährte die Instruktionsrichterin der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung und untersagte der Vergabestelle bis zum Entscheid über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin. Zugleich ersuchte sie die Vergabestelle, dem Bundesverwaltungsgericht bis zum 21. Juli 2009 die vollständigen Akten einzureichen und innerhalb der gleichen Frist zu den Anträgen der Beschwerdeführerinnen, insbesondere zum Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung, Stellung zu nehmen. Gleichzeitig überliess sie es der Zuschlagsempfängerin, sich ebenfalls bis 21. Juli 2009 zu den Anträgen der Beschwerdeführerinnen zu äussern. Dabei wies sie die Zuschlagsempfängerin darauf hin, dass sie, insbesondere in Bezug auf das mit der Parteistellung verbundene Kostenrisiko, als eigentliche Gegenpartei behandelt werde, wenn sie im vorliegenden Verfahren formelle Anträge stelle.

E.

Die Vergabestelle äusserte sich mit Vernehmlassung vom 21. Juli 2009 zur Beschwerde. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

- "1. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen.
2. Über das Gesuch sei ohne weiteren Schriftenwechsel und ohne Verzug zu entscheiden.
3. Die Beschwerde sei abzuweisen."

Zur Begründung hielt die Vergabestelle in ihrer Vernehmlassung fest, gemäss den Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Information und Kommunikation sei von den Schlüsselpersonen (Mandatsleitung und deren Stellvertretung) Erfahrung in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts verlangt worden. Beim Auftraggeber der für die Mandatsleitung genannten Referenz handle es sich aber um eine privatrechtliche Aktiengesellschaft, und weder der in dieser Referenz erwähnte "Kontakt zu ordentlichen I+K Diensten in [...]" noch die "Koordination mit öffentlichen Diensten, Verwaltungen und Ämtern" entspreche der geforderten "Zusammenarbeit". Aus den auf simap.ch bis zum Ende der Eingabefrist (14. April 2009) zugänglichen Fragen und Antworten hätten die Beschwerdeführerinnen unweigerlich schliessen müssen, dass eine direkte Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts zwingend verlangt werde.

Zum Argument des überspitzten Formalismus führte die Vergabestelle aus, ein unvollständiges Angebot dürfe nicht im Rahmen der Offertbereinigung nachträglich vervollständigt oder ergänzt werden. Die Beschwerdeführerinnen hätten es selbst zu verantworten, wenn sie eine Mandatsleiterin einsetzten, welche die geforderte Referenz nicht nachweisen und somit das entsprechende Eignungskriterium nicht erfüllen könne.

F.

Mit Verfügung vom 23. Juli 2009 stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass sich die Zuschlagsempfängerin nicht hatte vernehmen lassen. Weiter stellte es fest, dass die Beschwerdeführerinnen nicht um Akteneinsicht ersucht hatten und dass für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ohne Zustimmung der Betroffenen kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten bestehe, weshalb den Beschwerdeführerinnen vorerst Einsicht in die als Bei-

lagen Nr. 1 bis 5 von der Vergabestelle mit deren Vernehmlassung vom 21. Juli 2009 eingereichten Akten gegeben werde.

G.

Durch Zwischenentscheid vom 12. August 2009 wies das Bundesverwaltungsgericht das Begehren der Beschwerdeführerinnen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab, nachdem es die Beschwerde aufgrund einer prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage gestützt auf die vorhandenen Akten als offensichtlich unbegründet gewürdigt hatte.

H.

Mit Replik vom 5. November 2009 hielten die Beschwerdeführerinnen an ihren Rechtsbegehren fest. Die Vergabebehörde nahm mit Duplik vom 10. Dezember 2009 zur Replik Stellung; sie beantragt weiterhin, die Beschwerde sei abzuweisen.

I.

Auf die dargelegten und weitere Vorbringen der Parteien wird, soweit sie für den Entscheid erheblich 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 über den Zuschlag und den Ausschluss in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i.V.m. Art. 29 lit. a und d des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, BöB, SR 172.056.1). Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das BöB und das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichts-

gesetz, VGG, SR 172.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG).

1.2 Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht daher dem BöB (Art. 2 Abs. 1 lit. a BöB). Gegenstand des Loses 4 der Ausschreibung "I+K Leistungen für Nationalstrassenprojekte" ist ein Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. b BöB (Art. 3 Abs. 1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995, VöB, SR 172.056.11, i.V.m. Anhang 1 zur VöB, Ziff. 15: Dienstleistungskategorie 871 Werbung, Information und Public Relations). Der gemäss Art. 1 lit. b der Verordnung des EVD vom 27. November 2008 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2009 (SR 172.056.12) i.V.m. Art. 6 Abs. 2 BöB für Dienstleistungsaufträge massgebende Schwellenwert von Fr. 248'950.- wird im vorliegenden Fall überschritten (Preisspanne der eingegangenen Angebote laut Ziff. 3.2 der Zuschlagspublikation: Fr. 496'972,12 bis 1'477'783,85). Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 BöB liegt nicht vor. Demnach sind die Regeln des BöB auf den hier zu beurteilenden Auftrag anzuwenden.

1.3 Als ausgeschlossene Anbieterinnen sind die Beschwerdeführerinnen gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde berechtigt. Frist und Form der Beschwerde sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

1.4 Auf die Beschwerde ist daher einzutreten (vgl. so schon Zwischenentscheid vom 12. August 2009 E. 1.5).

2.

2.1 Gemäss Art. 9 Abs. 1 BöB kann die Vergabestelle die Anbieter auffordern, einen Nachweis ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen, wofür sie Eignungskriterien aufstellt. Diese und die erforderlichen Nachweise gibt sie in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (Art. 9 Abs. 2 BöB).

Nach konstanter Rechtsprechung steht der Vergabestelle bei der Wahl der Eignungskriterien und der Eignungsnachweise sowie bei der Bewertung dieser Kriterien ein grosser Ermessensspielraum zu, in den

das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreifen darf, zumal gemäss Art. 31 BöB im Beschwerdeverfahren 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; Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 und 6.1 sowie B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.2; Entscheide der BRK vom 22. März 2004, BRK 2004-003 und CRM 2004-004, veröffentlicht in VPB 68.88 E. 4b und VPB 68.119 E. 4d/aa). Dies gilt etwa auch in Bezug auf den Entscheid der Vergabestelle darüber, welche als Referenz erwähnten Arbeiten sie als mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar erachtet (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.2; Zwischenverfügung der BRK 2006-011 vom 22. August 2006 E. 5c/cc).

Über die Wahl der Eignungskriterien hinaus muss sich der Ermessensspielraum der Vergabestelle auch auf die Auswahl des Adressatenkreises dieser Kriterien erstrecken, damit die Behörde in der Lage ist, wie im vorliegenden Fall beispielsweise die Qualifikationen von Personen, denen sie eine Schlüsselfunktion beimisst, individuell evaluieren zu können.

2.2 Laut Ziff. 3.7 f. der Ausschreibung vom 23. Februar 2009 i.V.m. Ziff. 3.3.1 der Ausschreibungsunterlagen ("Eignungskriterien") waren mit der Offerteingabe Nachweise über die "Erfahrung in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts" einerseits für die Agentur, andererseits für die Schlüsselpersonen (Mandatsleitung sowie stellvertretende Mandatsleitung) zu liefern. Gleichzeitig musste für die Agentur "eine Referenz über eine mit den vorgesehenen Aufgaben vergleichbare Tätigkeit in den letzten 3 Jahren", für die Schlüsselpersonen die "Betreuung von mindestens einem mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren Projekt in den letzten 3 Jahren" nachgewiesen werden.

2.3 Das Angebot der Beschwerdeführerinnen vom 11. April 2009 nennt als Referenzprojekt der Agentur "über die Begleitung und Betreuung von einer mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren Tätigkeit in den letzten 3 Jahren" die Kommunikation im Zusammenhang mit dem Bau einer Umfahrungsstrasse in einer schweizerischen Gemeinde. Als Referenzprojekt der Mandatsleitung "über die Be-

gleitung und Betreuung von einem mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren Projekt in den letzten 3 Jahren" gaben die Beschwerdeführerinnen in ihrer Offerte die Entwicklung und Umsetzung eines umfassenden Kommunikationskonzeptes für das Jubiläumsjahr eines privatwirtschaftlichen Unternehmens der chemischen Industrie an. Die Nachweise betreffend "Erfahrung in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts" werden in Anhang 2 zum Angebot aufgelistet. Dabei wird angeführt, die Mandatsleiterin sei seit eineinhalb Jahren aktiv in der Überarbeitung der Bau- und Nutzungsplanungsordnung einer Gemeinde tätig. Sie leite federführend Projekte in der Kommunikation bei mehreren namentlich genannten privatwirtschaftlichen Unternehmen und unterstütze Partneragenturen in der Umsetzung von "gesamten" Kommunikationskonzepten. Anschliessend an diesen Satz wird in Klammern ein Unternehmen in der Form einer Aktiengesellschaft erwähnt, welches rechtlich selbständig und privatwirtschaftlich ausgerichtet ist, in dessen Verwaltungsrat aber auch Vertreter von Körperschaften des öffentlichen Rechts Einsitz nehmen. Mit Bezug auf die Agentur, deren Inhaberin die Mandatsleiterin ist, wird festgehalten, sie habe in den vergangenen Jahren verschiedene integrierte Kommunikationsprojekte für öffentlichrechtliche Anstalten bzw. namentlich bezeichnete städtische Werke umgesetzt.

2.4 In ihrem Schreiben vom 17. Juni 2009 begründete die Vergabestelle den Ausschluss der Beschwerdeführerinnen damit, dass deren Mandatsleitung "die Anforderung für die Erfahrung mit dem öffentlichen Recht" nicht erfülle. Gemäss Ausschreibung lautet das entsprechende Eignungskriterium jedoch "Erfahrung in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts". Die Beschwerdeführerinnen rügen deshalb die Anwendung eines unzulässigen Ausschlusskriteriums. In der Offerte bzw. in den Referenzen habe nicht die Erfahrung mit dem öffentlichen Recht dokumentiert werden müssen, sondern diejenige im Umgang mit einer Organisation des öffentlichen Rechts.

Die Vergabestelle äussert sich weder in ihrer Vernehmlassung noch in der Duplik direkt zu dieser Divergenz. Sie verweist in ihrer Vernehmlassung einerseits darauf, dass das im Referenzprojekt für die Mandatsleitung genannte Unternehmen eine privatrechtliche Aktiengesellschaft und keine Organisation des öffentlichen Rechts sei, wobei sich weder aus den Beteiligungen noch aus dem Zweck der Gesellschaft Rückschlüsse auf die Erfüllung öffentlichrechtlicher Aufgaben

ergäben. Andererseits vergleicht die Vergabestelle die Bedeutung des Wortes "Zusammenarbeit" unter Bezugnahme auf den Duden mit den von den Beschwerdeführerinnen verwendeten Formulierungen "Kontakt zu ordentlichen I+K Diensten in [...]" und "Koordination mit öffentlichen Diensten, Verwaltungen und Ämtern". In der Duplik setzt sich die Vergabestelle dann mit dem replicando vorgebrachten Hinweis der Beschwerdeführerinnen auf die in Anhang 2 zu ihrem Angebot genannten Belege bezüglich "Erfahrung in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts", speziell für die Mandatsleitung und deren Agentur, auseinander. Dabei legt sie dar, weshalb es den Beschwerdeführerinnen ihrer Auffassung nach nicht gelungen ist, den entsprechenden Nachweis für die Mandatsleiterin zu erbringen.

2.5 Vor diesem Hintergrund sowie unter Berücksichtigung der übrigen aktenkundigen Tatsachen bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Ausschluss der Beschwerdeführerinnen gestützt auf ein unzulässiges bzw. ein in der Ausschreibung nicht bekanntgegebenes Eignungskriterium – nämlich die Erfahrung mit öffentlichem Recht – erfolgte.

3.

3.1 Weiter rügen die Beschwerdeführerinnen, trotz nachgewiesener Eignung von der Bewertung ausgeschlossen worden zu sein. Sie bringen in der Beschwerdeschrift vor, sie hätten die Zusammenarbeit ihrer Mandatsleitung mit einer Organisation des öffentlichen Rechts ausreichend dokumentiert. Im Beschrieb des entsprechenden Referenzprojektes auf S. 10 ihres Angebotes werde unter anderem ausdrücklich auf den "Kontakt zu ordentlichen I+K-Diensten in [...]" und auf die "Koordination mit öffentlichen Diensten, Verwaltungen und Ämtern" hingewiesen. Nach den branchenüblichen Gepflogenheiten reichten solch deutliche Hinweise für die Erfüllung eines Eignungskriteriums jeweils aus. Zudem fänden sich in den Ausschreibungsunterlagen keinerlei weitere Spezifizierungen, wie diese Anforderung allenfalls ausführlicher zu dokumentieren wäre. Schon gar nicht werde verlangt, dass das Referenzprojekt etwa im Auftrag der öffentlichen Hand oder im Kontext des öffentlichen Rechts abgewickelt worden sei.

3.2 Die Vergabestelle spricht in ihrer Vernehmlassung – abweichend von der Ausschreibung – nicht mehr nur von "Zusammenarbeit" (mit einer Organisation des öffentlichen Rechts), sondern von "enger" bzw. "direkter" Zusammenarbeit, Letzteres unter Hinweis auf ihre über

simap.ch einsehbaren Antworten zu Fragen von (potentiellen) Anbietern. Überdies gibt sie an, unter "Zusammenarbeit" verstehe sie, dass die Anbieterin eine Referenz in der Art eines Vertragsverhältnisses mit einer Organisation des öffentlichen Rechts auszuweisen habe. Gemäss Duden (Band 1, Rechtschreibung; Band 8, Die sinn- und sachverwandten Wörter; Band 10, Bedeutungswörterbuch) werde unter "Zusammenarbeit" denn auch "das gemeinsame Arbeiten, Wirken an der gleichen Sache, auf dem gleichen Gebiet" oder unter "zusammenarbeiten" "Tätigkeiten auf ein Ziel hin vereinigen, die beiden Firmen sind übereingekommen zusammenzuarbeiten" verstanden. Im Gegensatz dazu umschreibe der Duden das Wort "Kontakt" mit "Berührung, Kommunikation" bzw. "Verbindung, die für eine kurze Dauer hergestellt wird". Unter "Koordination" verstehe sich nach Duden "aufeinander abstimmen, untereinander in Einklang bringen". Praktisch jedes Mandat im Bereich "Information und Kommunikation" umfasse auch Kontakte zu Behörden und staatlichen Institutionen. Ein Eignungskriterium müsse aber verschiedene Anbieter voneinander unterscheidbar machen und sie entsprechend qualifizieren. Wenn jeder Kontakt bzw. jede Koordination mit staatlichen Stellen als Zusammenarbeit interpretiert würde, wäre in concreto die Unterscheidbarkeit nicht mehr gewährleistet. Eine Bewertung "nach den branchenüblichen Gepflogenheiten" wäre nicht objektiv. Hinsichtlich des Fehlens weiterer Spezifizierungen in den Ausschreibungsunterlagen gibt die Vergabestelle den Beschwerdeführerinnen teilweise recht, verweist aber gleichzeitig auf die unter simap.ch bis 14. April 2009 zugänglichen Antworten auf Fragen von Interessenten.

3.3 Die Anbietenden dürfen grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien im herkömmlichen Sinn versteht. Tut sie dies nicht, muss das betreffende Kriterium in den Ausschreibungsunterlagen entsprechend (möglichst detailliert) umschrieben werden, damit die Anbieter erkennen können, welchen Anforderungen sie bzw. ihre Offerten genügen müssen (betreffend Zuschlagskriterien: Entscheid der BRK vom 5. Juli 2001, BRK 2001-003, publiziert in VPB 65.94, E. 3d, unter Hinweis auf ein Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 16. Juli 1998, publiziert in Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide, AGVE 1998 S. 394 E. b/bb; dasselbe muss im Grundsatz auch für die Eignungskriterien gelten, vgl. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., S. 231 f.).

3.4 Das Wort "Kontakt" meint im allgemeinen Sprachgebrauch, wie er auch im Duden zum Ausdruck kommt, eine lose, kurzzeitige Berührung oder Verbindung, welche nicht die für ein gemeinsames Tätigwerden im Sinne einer Zusammenarbeit erforderliche Intensität annimmt. Letzteres lässt sich auch für das Wort "Koordination" sagen, denn "koordinieren" bedeutet laut Duden "aufeinander abstimmen, miteinander in Einklang bringen", während der Sinngehalt des Verbs "zusammenarbeiten" mit dem Ausdruck "zur Bewältigung bestimmter Aufgaben gemeinsame Anstrengungen unternehmen" umschrieben wird. Demnach bezeichnet das Substantiv "Koordination" im gewöhnlichen Sprachgebrauch ein paralleles, aufeinander abgestimmtes Tätigwerden, nicht aber gemeinsame, vereinigte Anstrengungen, wie sie für eine Zusammenarbeit charakteristisch sind.

3.5 Anhaltspunkte dafür, dass die Vergabestelle das Kriterium der Zusammenarbeit abweichend vom üblichen (allgemeinen oder fachtechnischen, vgl. diesbezüglich AGVE 1998 S. 394 f. E. b/bb) Sprachgebrauch definiert oder verstanden hätte, bestehen nicht.

3.6 Bei der Auftraggeberin des für die Mandatsleiterin genannten Referenzprojektes handelt es sich unbestrittenermassen nicht um eine Organisation des öffentlichen Rechts, sondern um ein privatwirtschaftliches Unternehmen in der Form einer Aktiengesellschaft. Der im Angebot der Beschwerdeführerinnen sowie in der Beschwerdeschrift unter Hinweis auf dieses Referenzprojekt für die Mandatsleiterin geltend gemachte "Kontakt zu ordentlichen I+K-Diensten" einer schweizerischen Stadt und die erwähnte "Koordination mit öffentlichen Diensten, Verwaltungen und Ämtern" müssen sich daher auf öffentliche Institutionen ausserhalb des eigentlichen Projekts bzw. auf solche, zu denen die Mandatsleiterin (bzw. ihre Agentur) nicht in einem vertraglichen oder ähnlich engen Verhältnis stand, erstrecken. In ihrer Replik halten die Beschwerdeführerinnen denn auch fest, es sei nicht verlangt worden, dass sich die Referenzen zwingend auf Projekte mit der öffentlichen Hand hätten beziehen müssen oder dass der jeweilige Auftraggeber gar eine Organisation des öffentlichen Rechts habe sein müssen, wie dies die Vergabestelle bei der Angebotsbeurteilung nachträglich offenbar erwartet habe. Die eine (nun als mangelhaft betrachtete) Referenz habe sich auf einen punkto Fachleistung vergleichbaren Auftrag aus der Privatwirtschaft bezogen, dessen Abwicklung die Kontaktpflege und die Koordination mit öffentlichen Stellen jedoch sogar mitbeinhaltet habe.

3.7 Dass die Vergabestelle die beim Referenzprojekt für die Mandatsleiterin ins Feld geführten Kontakte und Koordinationstätigkeiten nicht als Form der Zusammenarbeit im Sinne ihrer Ausschreibung betrachtete, lässt sich nicht beanstanden, denn diese Auslegung bewegt sich im Rahmen des üblichen Sprachgebrauchs, wie er oben erläutert wurde. Zudem könnte die Vergabebehörde, wie sie mit Recht vorbringt, geeignete Anbieter nicht identifizieren, wenn jeder Kontakt bzw. jede Koordination mit staatlichen Stellen als Zusammenarbeit im Sinne der Ausschreibung interpretiert würde.

3.8 Demzufolge haben die Beschwerdeführerinnen den Nachweis der "Erfahrung in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts" in Bezug auf die Mandatsleiterin jedenfalls mit dem für diese in der Offerte angegebenen Referenzprojekt nicht erbracht.

4.

4.1 In ihrer Replik erklärten die Beschwerdeführerinnen, es stehe im Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen und sei somit rechtlich unzulässig, wenn die Vergabestelle, wie offensichtlich geschehen, bei der Überprüfung des Eignungsnachweises bezüglich des Kriteriums "Erfahrung in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts" ausschliesslich auf die drei im Angebot aufgeführten Referenzobjekte (für Agentur, Mandatsleitung und stellvertretende Mandatsleitung) abstelle. Gemäss den Ausschreibungsunterlagen sollten die zu erbringenden Referenzen explizite andere geleistete "Aufgaben" (z.B. Konzeption, Medienarbeit, Support, Dokumentation und Beratung) dokumentieren und nicht bzw. zumindest nicht zwingend auch die Erfahrung des Anbieters in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts. Die in der Ausschreibung geforderte Vergleichbarkeit der Referenzobjekte mit der ausgeschriebenen Aufgabe habe sich somit klar nicht auf die Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts, sondern auf andere wichtige Elemente der geforderten fachlichen Leistungsfähigkeit bezogen. Zudem habe die Vergabestelle in ihren Antworten auf entsprechende Fragen zuhanden aller Anbietenden unmissverständlich festgelegt, dass das "Kriterium Erfahrung mit der öffentlichen Hand" nicht über die drei erforderlichen Referenzprojekte, sondern "separat zu belegen" sei.

4.2 Die Vergabestelle erwidert in ihrer Duplik, die Beschwerdeführerinnen argumentierten neu, aufgrund der Antworten auf die Fragen 17 und 18 habe die Erfahrung in der Zusammenarbeit mit der öffentlichen Hand nicht beim Referenzprojekt selber ausgewiesen werden müssen, sondern "separat belegt" werden können. Dazu hält die Vergabestelle fest, den übrigen Offertstellern sei klar gewesen, dass das Referenzprojekt selber diese Qualität habe aufweisen müssen. Es sei aber einzugestehen, dass bei den Antworten eine Unbestimmtheit verbleibe, wie und wo die Erfahrung mit einer Organisation des öffentlichen Rechts nachzuweisen gewesen wäre. Die rechtlichen Folgen dieser Feststellung könnten aber offen gelassen werden, weil auch bei einer grosszügigen Interpretation, wo und wie die Erfahrung zu dokumentieren sei, den Beschwerdeführerinnen dieser Nachweis materiell nicht gelinge.

4.3 Die von den Beschwerdeführerinnen angesprochenen Fragen von Interessenten an die Vergabebehörde zum Kriterium "Erfahrung in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts" wurden über die Internetplattform "simap.ch" wie folgt gestellt und beantwortet:

Frage Nr. 17: Sie bewerten die Erfahrung einer Agentur mit der öffentlichen Hand, fragen diese aber nirgends ab. Ist es korrekt, dass diese einzig aus der jeweils einen Referenz der Agentur und der Projektleiter ersichtlich werden muss?

Antwort: Nein, das Kriterium "Erfahrung mit der öffentlichen Hand" ist separat zu belegen.

Frage Nr. 18: Für die Beurteilung der Eignung ist aufgeführt, dass sowohl für die Agentur als auch die Mandatsleitung und Stellvertretung die Erfahrung in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts entscheidend ist. Sowohl für die Referenz der Agentur als auch für diejenige der Mandatsleitung und Stellvertretung sind klare Raster für das Ausfüllen vorgegeben. Für uns ist nicht klar, unter welchem Punkt des Antwortrasters die Erfahrung in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts nachgewiesen werden soll.

Antwort: Das Kriterium "Erfahrung mit der öffentlichen Hand" ist separat zu belegen.

4.4 In Ziff. 3.3.1 der "Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Information + Kommunikation" ("Eignungskriterien") werden die vom Anbieter mit der Offerteingabe zu liefernden Nachweise einerseits für die Agentur, andererseits für die Schlüsselpersonen (Mandatsleitung und stellvertretende Mandatsleitung) aufgelistet (vgl. auch Ziff. 2.0 der "Angebotsunterlagen für Information + Kommunikation"). Dabei wird die "Erfahrung in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts" jeweils als separater Punkt aufgeführt, ebenso wie die Angabe einer Referenz über "die mit den vorgesehenen Aufgaben vergleichbare Tätigkeit in den letzten 3 Jahren" (für die Agentur) bzw. über die "Betreuung von mindestens einem mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren Projekt in den letzten 3 Jahren" (für die Schlüsselpersonen).

Diese Darstellung und die oben zitierten Antworten der Vergabehörde konnten (mögliche) Offerenten so verstehen, wie es die Beschwerdeführerinnen in ihrer Replik für sich beanspruchen, nämlich dahingehend, dass die Referenzprojekte zumindest nicht zwingend auch die Erfahrung in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts dokumentieren mussten bzw. solche Erfahrung unabhängig von den Referenzprojekten nachgewiesen werden konnte. Zu prüfen bleibt daher, ob die Beschwerdeführerinnen die für die Mandatsleiterin geforderte Erfahrung – entgegen der in der Duplik vertretenen Ansicht der Vergabestelle – mit den in Anhang 2 zu ihrer Offerte aufgeführten Angaben betreffend die Mandatsleiterin bzw. deren Agentur nachgewiesen haben.

5.

5.1 Die Beschwerdeführerinnen erklären in ihrer Replik, aufgrund der präzisierten Anforderungen seitens der Vergabestelle hätten sie sich in ihrem Angebot für drei Referenzen entschieden, die in erster Linie die Vergleichbarkeit der geleisteten Aufgaben (wie Konzeption, Medienarbeit, Support, Dokumentation und Beratung) dokumentieren sollten. Zwei der Referenzen (für die Agentur sowie für die stellvertretende Mandatsleitung) hätten sich auf vergleichbare Aufträge der öffentlichen Hand bezogen. Die eine (nun als mangelhaft betrachtete) Referenz habe sich auf einen punkto Fachleistung vergleichbaren Auftrag aus der Privatwirtschaft bezogen, dessen Abwicklung die Kontaktpflege und die Koordination mit öffentlichen Stellen jedoch mitbeinhaltet habe.

Den gemäss ASTRA separat zu liefernden Nachweis der "Erfahrung in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts" hätten sie – über die Angaben zu den drei Referenzprojekten hinaus – in Form des Anhangs 2 ihres Angebots, der unmissverständlich den Titel "Nachweise für Erfahrung der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts (gemäss Frage/Antwort Nr. 18)" trage, geleistet. In diesem Anhang 2 hätten sie unter anderem darauf verwiesen, dass die Mandatsleiterin bzw. ihre Agentur in den vergangenen Jahren verschiedene integrierte Kommunikationsprojekte für öffentlich-rechtliche Anstalten bzw. städtische Werke umgesetzt sowie Partneragenturen bei der Umsetzung von Kommunikationsmassnahmen (z.B. für die A. _____ AG) unterstützt habe und die Mandatsleiterin seit eineinhalb Jahren ehrenamtlich Mitglied einer kommunalen Kommission zur Überarbeitung der Bau- und Nutzungsordnung sei.

Mit diesen Angaben hätten sie in ihrer Offerte auch für die designierte Mandatsleiterin den Nachweis der "Erfahrung in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts" erfüllt, weshalb ihr Angebot nicht von der weiteren Bewertung hätte ausgeschlossen werden dürfen. Falls die Vergabestelle detailliertere Angaben zum Erfahrungshintergrund mit der öffentlichen Hand gewollt habe, hätte sie ihr Angebotsraster entsprechend ausgestalten oder in den Ausschreibungsunterlagen zumindest weitergehende Form- und Inhaltsvorgaben dazu machen müssen.

5.2 Die Vergabestelle hält dazu fest, die Beschwerdeführerinnen verwiesen in ihrer Replik auf den Anhang 2 ihres Angebotes, gemäss welchem die vorgesehene Mandatsleiterin Projekte für verschiedene öffentlich-rechtliche Anstalten umgesetzt habe. In Anhang 2 des Angebotes sei jedoch lediglich aufgeführt, dass die Firma der Mandatsleiterin Projekte für städtische Werke realisiert habe. Für die Mandatsleiterin selbst würden nur ihre Tätigkeit in der Überarbeitung der Bau- und Nutzungsordnung einer Gemeinde sowie weitere Kommunikationsprojekte für private Unternehmen angeführt. Die ehrenamtliche Kommissionsarbeit könne aber nicht als Nachweis für eine Kommunikationstätigkeit im Auftrag einer öffentlich-rechtlichen Organisation verstanden werden.

Möglicherweise sei die vorgeschlagene Mandatsleiterin für die von ihrer Firma realisierten Projekte für städtische Werke verantwortlich

gewesen. Aus der Offerteingabe gehe dies aber nicht hervor, weshalb es auch nicht so bewertet werden können, da die entsprechenden Arbeiten auch von anderen Mitarbeitenden ihrer Firma hätten ausgeführt werden können. Diese Projekte würden als Nachweis für die Erfahrung der Agentur in der Zusammenarbeit mit öffentlich-rechtlichen Organisationen angeführt. Sie seien aber nicht als Nachweis für die vorgesehene Mandatsleiterin aufgelistet. Wenn dies mit der Replik nun explizit so dargestellt werde, möge das den Tatsachen entsprechen. Rechtlich relevant sei aber die Offerteingabe, nach der die Beurteilung erfolgt sei.

Das ASTRA habe sicherstellen wollen, dass die Schlüsselpersonen über die entsprechende persönliche Erfahrung verfügten. Es habe ihm daher nicht genügt, dass die Agentur – mit anderen Personen – entsprechende Projekte realisiert habe. Andererseits sei damit die Chance geboten worden, dass eine Mandatsleitung entsprechende Erfahrungen aus einer anderen Agentur oder aus der Tätigkeit in der öffentlichen Verwaltung habe einbringen können. Die Projekte von Agentur und Mandatsleitung bzw. Stellvertretung hätten also nicht identisch sein müssen.

5.3 Dass die Vergabebehörde "Erfahrung in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts" bzw. den Nachweis dafür sowohl von der Agentur als auch von der Mandatsleiterin verlangte, lässt sich angesichts des Ermessensspielraums, den sie bei der Wahl des Adressatenkreises der Eignungskriterien genießt (vgl. oben E. 2.1), nicht beanstanden. Eine Überschreitung oder ein Missbrauch dieses Ermessens ist nicht erkennbar. Nicht zu bemängeln ist ausserdem, dass die Vergabestelle diejenigen Referenzen für "Erfahrung in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts", welche die Beschwerdeführerinnen in Anhang 2 ihrer Offerte für die Agentur der Mandatsleiterin angaben, nicht (auch) der Mandatsleiterin selbst zugerechnet hat. Mit anderen Worten musste die Vergabestelle aus Anhang 2 zur Offerte nicht schliessen, dass die für die ausgeschriebenen Dienstleistungen vorgesehene Mandatsleiterin in den als Referenzen für ihre Agentur genannten Kommunikationsprojekten für öffentlich-rechtliche Anstalten und städtische Werke jeweils als Mandatsleiterin fungierte oder darin allenfalls eine andere Schlüsselfunktion ausübte.

5.4 Als Nachweis von "Erfahrung in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts" wird im Anhang 2 zur Offerte für die Mandatsleiterin zunächst ihre bis dahin seit eineinhalb Jahren ausgeübte Tätigkeit in der Überarbeitung der Bau- und Nutzungsplanungsordnung einer Gemeinde erwähnt. Die Vergabestelle führt dazu aus, bei der Kommissionsarbeit könne sich die Mandatsleiterin zweifellos nützliches Wissen über politische und rechtliche Prozesse im Bereich des Gemeindebauplanungsrechts erwerben. Diese Tätigkeit könne aber nicht als Nachweis für eine Kommunikationstätigkeit im Auftrag einer öffentlich-rechtlichen Organisation verstanden werden. Es handle sich um eine ehrenamtliche, staatsbürgerliche Tätigkeit, nicht aber um eine berufliche Zusammenarbeit für Information und Kommunikation im Auftrag der Gemeinde.

Mithilfe der Eignungskriterien bzw. der entsprechenden Nachweise eruiert die Vergabestelle die Befähigung des Anbieters, den ausgeschriebenen Auftrag auszuführen (vgl. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., N. 347). Wenn die Vergabebehörde wie hier "Erfahrung in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts" verlangt und dabei eine ehrenamtliche politische Aufgabe nicht anrechnen will, bewegt sie sich im Rahmen ihres Ermessensspielraums (siehe oben E. 2.1). Es ist sachlich nachvollziehbar, dass sie die geforderte Erfahrung in einer ehrenamtlichen ausserberuflichen Tätigkeit, welche sich zudem inhaltlich stark von der nachgefragten Dienstleistung unterscheidet, nicht erkennen kann. (Potentielle) Offerenten durften aus der Ausschreibung auch nicht herauslesen, dass Erfahrung in einer derartigen Tätigkeit genügen würde, denn die Vergabestelle muss in der Lage sein, die Eignung bzw. Erfahrung der Anbieter in beruflicher Hinsicht und bezüglich der im konkreten Fall zu erfüllenden Informations- und Kommunikationsaufgaben zu beurteilen.

5.5 Um die Erfahrung der designierten Mandatsleiterin in der "Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts" zu dokumentieren, verwiesen die Beschwerdeführerinnen in Anhang 2 ihres Angebots sodann auf von ihr federführend geleitete "Projekte in der Kommunikation" bei drei grossen privatwirtschaftlichen Unternehmen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft bzw. der Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Bei den Auftraggebern dieser Projekte handelt es sich ebensowenig wie bei der Auftraggeberin des für die Mandatsleiterin in der Offerte

angegebenen Referenzprojektes um Organisationen des öffentlichen Rechts. Auch bezüglich der in Anhang 2 zur Offerte zwecks Nachweises einschlägiger Erfahrung der Mandatsleiterin genannten Projektleitungsaufgaben ist nicht erkennbar, dass ein vertieftes Zusammenwirken im Sinne vereinigter, auf ein gemeinsames Ziel hin ausgerichteter Anstrengungen mit Organisationen des öffentlichen Rechts stattfände oder stattgefunden hätte. Von einer "Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts" im Sinne der Ausschreibung (zur Begriffsbestimmung siehe oben E. 3) kann deshalb wiederum nicht gesprochen werden.

5.6 Als Nachweis der "Erfahrung in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts" vermerkten die Beschwerdeführerinnen in Anhang 2 zu ihrem Angebot bezüglich der designierten Mandatsleiterin ferner, diese habe "Partneragenturen in der Umsetzung von gesamten Kommunikationskonzepten" unterstützt. Anschliessend daran steht in Klammern der Firmenname "A. _____ AG", eines Unternehmens in der Form einer Aktiengesellschaft, welches rechtlich selbständig und privatwirtschaftlich ausgerichtet ist, dessen Aktienkapital jedoch überwiegend von der öffentlichen Hand gehalten wird (Bundesanteil 2009: [...]; Gesamtanteil verschiedener Kantone 2009: [...]) und in dessen Verwaltungsrat auch zwei Vertreter (von insgesamt neun Verwaltungsräten) von Körperschaften des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 762 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR, SR 220) Einsitz nehmen.

Mit der Formulierung "Unterstützung von Partneragenturen in der Umsetzung von Kommunikationskonzepten" bringen die Beschwerdeführerinnen zum Ausdruck, dass die designierte Mandatsleiterin dabei nicht im Rahmen einer vertraglichen oder ähnlich engen Bindung gegenüber dem betreffenden Drittunternehmen tätig war und in den jeweiligen Projekten auch keine bestimmende Funktion innehatte. Aufgrund der Umschreibung in der Offerte steht nicht einmal fest, dass sie in ihrer unterstützenden Rolle überhaupt direkten Kontakt mit dem betreffenden Drittunternehmen pflegte, und es bleibt im Dunkeln, welche Aufgaben sie in diesem Zusammenhang genau wahrnahm. Eine Zusammenarbeit gemäss gewöhnlichem Sprachgebrauch (wie oben in E. 3.4 dargestellt) bzw. im Sinne der Ausschreibung wird demzufolge nicht dargelegt.

Darüber hinaus ist das bezeichnete Unternehmen eine privatrechtliche Aktiengesellschaft und eigener Deklaration (Website) zufolge auch privatwirtschaftlich ausgerichtet. Fraglich erscheint deshalb, ob es dennoch – wegen der Beteiligungsverhältnisse sowie öffentlicher Interessen an seiner Tätigkeit – als "Organisation des öffentlichen Rechts" im Sinne der Ausschreibung anzusehen wäre. Mit Blick auf die von der Vergabestelle geforderte Erfahrung könnte allenfalls auch eine Rolle spielen, ob das betreffende Unternehmen für eigene Ausschreibungen von Informations- und Kommunikationsdienstleistungen dem öffentlichen Beschaffungsrecht des Bundes untersteht (vgl. aber insbesondere Art. 2a VöB, welcher alle Tätigkeiten, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben, von der Unterstellung ausschliesst). Die damit verbundene Frage kann jedoch offenbleiben, weil der verlangte Nachweis entsprechender Erfahrung schon daran scheitert, dass die geltend gemachte "Unterstützung von Partneragenturen" nicht die für eine Zusammenarbeit im Sinne der Ausschreibung erforderliche Tiefe erreicht. Vor diesem Hintergrund lässt sich jedenfalls nicht behaupten, die Vergabestelle hätte eine unsachgemässe Beurteilung vorgenommen oder ihren Ermessensspielraum durchbrochen.

5.7 Die Beschwerdeführerinnen argumentieren in diesem Zusammenhang schliesslich, falls die Vergabestelle detailliertere Angaben zum Erfahrungshintergrund mit der öffentlichen Hand gewollt habe, hätte sie ihr Angebotsraster entsprechend ausgestalten oder in den Ausschreibungsunterlagen zumindest weitergehende Form- und Inhaltsvorgaben dazu machen müssen. Allerdings geben sie etwas weiter vorne in ihrer Replik auch zu verstehen, dass sie jedenfalls ihre Referenzen aufgrund der "präzisierten Anforderungen seitens der Vergabestelle" wählten, wobei sie sich auf die unter shab.ch publizierten Fragen Nr. 17 und 18 sowie die entsprechenden Antworten des ASTRA beziehen. Eine für den vorliegenden Fall relevante Präzisierung findet sich jedoch auch in Frage 40 bzw. Antwort 67 zu den Eignungskriterien, wo sich ein Interessent erkundigte, ob sich eine Agentur, welche noch nie *direkt* mit "Institutionen des öffentlichen Rechts" zusammengearbeitet habe, nicht bewerben könne, worauf die Vergabestelle antwortete: "Ja. Diese Anforderung ist zwingend."

In Anbetracht dessen kann nicht gesagt werden, die Vergabestelle hätte zusätzliche Präzisierungen anbringen müssen, zumal sie das

Kriterium der "Erfahrung in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts" nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch verwendete und sich die Beschwerdeführerinnen auch selbst auf publizierte Fragen und Antworten im Sinne von Präzisierungen berufen. Ausserdem hätten die Beschwerdeführerinnen allenfalls ergänzende Auskünfte von der Vergabebehörde verlangen können.

Im Übrigen haben die Beschwerdeführerinnen in ihrem Angebot zwar verschiedene Belege hinsichtlich Erfahrung ihrer Mandatsleiterin "in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts" genannt. Wie oben ausgeführt, vermögen diese die Erfüllung des Eignungskriteriums jedoch nicht nachzuweisen. Deshalb fehlte es nicht, wie die Beschwerdeführerinnen in der Replik suggerieren, an (detaillierteren) "Angaben zum Erfahrungshintergrund mit der öffentlichen Hand". Vielmehr konnte die in der Ausschreibung geforderte Erfahrung anhand der mit der Offerte eingebrachten Referenzen nicht erstellt werden.

6.

6.1 Die Beschwerdeführerinnen bringen weiter vor, den Beilagen des ASTRA zu seiner Vernehmlassung vom 21. Juli 2009 sei zu entnehmen, dass die Vergabestelle insgesamt fünf von 11 Anbieterfirmen wegen Nichterfüllung des besagten Eignungskriteriums von der Bewertung des Angebots a priori ausgeschlossen habe. Eine derart hohe vorzeitige Ausfallrate sei für ein einstufiges Beschaffungsverfahren äusserst unüblich. Das Scheitern fast der Hälfte aller Anbieter an dem einen Eignungskriterium sei ein klares Indiz dafür, dass die Ausschreibungsunterlagen diesbezüglich nicht präzise genug gewesen seien und/oder die Vergabestelle bei der Vorprüfung der Angebote die jeweiligen Nachweise für dieses Eignungskriterium wesentlich strenger beurteilt habe, als dies nach dem allgemeinen Rechtsempfinden aus den Ausschreibungsunterlagen habe geschlossen werden können. Bekanntlich vermeide jedes private Unternehmen in einem einstufigen Verfahren den hohen Erstellungsaufwand für ein detailliertes Angebot, wenn die Nichterfüllung eines Eignungskriteriums drohe. Auch wenn die anderen a priori abgelehnten Angebote nicht Bestandteil dieses Beschwerdeverfahrens seien, gelte es diesen Umstand – der einer jeden Vergabestelle punkto eigener Verfahrensqualität zu denken geben müsse – bei der Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zu berücksichtigen.

6.2 Zur Zahl der Ausschlüsse aus dem Submissionsverfahren hält die Vergabestelle fest, die Beschwerdeführerinnen lieferten keine Vergleichszahlen über die Ausfallquote in anderen Verfahren. Von den 11 Offertstellern sei einer bereits wegen rechnerisch unkorrekter Erhöhung der Auftragsstunden ausgeschieden. Eine Agentur habe das Kriterium der Erfahrung in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts nicht erfüllt. Von den restlichen Anbietern hätten insgesamt drei Mandatsleiter diesen Nachweis nicht erbringen können. So wie die Beschwerdeführerinnen hätten nur gerade drei von 11 Offertstellern einzig das Eignungskriterium der Erfahrung in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts die Schlüsselperson betreffend nicht erfüllt. Bei der vorliegenden Ausschreibung handle es sich um die erste derartige Ausschreibung der Vergabestelle, d.h. es gebe keine Vergleichszahlen. Die Vergabestelle könne demzufolge auch kein Urteil darüber abgeben, ob diese Rate als über- oder unterdurchschnittlich zu bewerten sei. Diese Einschätzung könne aber ohnehin offen bleiben, weil sie für den Entscheid über die Beschwerde nicht von Belang sein könne, da die Beschwerdeführerinnen bzw. eine ihrer Schlüsselpersonen ein Eignungskriterium materiell nicht erfüllt hätten.

6.3 Wie oben (E. 3) bereits ausgeführt wurde, verwendete die Vergabestelle den Ausdruck "Erfahrung in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts" gemäss gewöhnlichem Sprachgebrauch. Sie bewegte sich bei der Formulierung dieses Eignungskriteriums im Rahmen ihres Ermessensspielraums, in den das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreifen darf. Andere Bewerber, welche an diesem Kriterium scheiterten, haben kein Rechtsmittel gegen den Entscheid der Vergabebehörde ergriffen und deren Beurteilung damit hingenommen. Ihre Offerten bilden nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Auch wenn neben den Beschwerdeführerinnen noch weitere Anbieter wegen Nichterfüllung des fraglichen Eignungskriteriums vom Ausschreibungsverfahren ausgeschlossen wurden, lässt sich aufgrund der vorangegangenen Erwägungen nicht schliessen, dass die Beurteilung der Vergabebehörde im vorliegenden Fall zu beanstanden wäre. Das Indiz, welches die Beschwerdeführerinnen sehen, hat sich hier nicht erhärtet.

7.

7.1 Die Beschwerdeführerinnen machen ferner ("subsidiär") geltend, ihr Ausschluss aus dem Bewertungsverfahren sei als überspitzter Formalismus und als Treuwidrigkeit zu qualifizieren, falls wider Erwarten von einer fehlenden Dokumentierung der Zusammenarbeit der Mandatsleitung mit einer Organisation des öffentlichen Rechts ausgegangen würde. Statt eines Verfahrensausschlusses wären förmliche Verhandlungen oder eine Rückfrage im Rahmen der Offertbereinigung adäquat gewesen. Ausserdem habe ein Mandatspartner zur Verfügung gestanden, der über 90% seines Umsatzes mit Mandaten der öffentlichen Hand bestreite und somit Erfahrungen im Public Management und in der Zusammenarbeit mit Organisationen des öffentlichen Rechts vorweisen könne.

7.2 Die Vergabestelle hält dem entgegen, es liege im Verantwortungsbereich der Beschwerdeführerinnen, ein materiell vollständiges Angebot einzureichen sowie die Nachvollziehbarkeit der Inhalte in Bezug auf die Eignungskriterien sicherzustellen. Ob die Beschwerdeführerinnen in der Lage gewesen wären, weitere Referenzen nachzureichen, bleibe somit unbeachtlich. Da ihr Angebot für eine Vergleichbarkeit in technischer oder rechnerischer Hinsicht auch nicht habe bereinigt werden müssen, habe die Vergabestelle verfahrenskonform gehandelt, als sie die Beschwerdeführerinnen vom weiteren Verfahren ausgeschlossen habe.

7.3 Nach Art. 19 Abs. 1 BöB müssen die Anbieter ihre Offerte schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle anhand der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-5084/2007 vom 8. November 2007 E. 3.1.1 mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2002 vom 27. November 2002 E. 3.3). Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorgaben der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht, ist im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter und dasjenige der Transparenz problematisch (BVGE 2007/13 E. 3.1 mit Verweis auf den Entscheid der BRK vom 23. Dezember 2005, BRK 2005-017, veröffentlicht in VPB 70.33 E. 2a/aa).

Im Bundesvergaberecht gilt der Grundsatz, dass Angebote nach Ablauf des Eingabetermins nur technisch und rechnerisch bereinigt,

sonst aber grundsätzlich nicht mehr abgeändert werden dürfen (Art. 25 VöB; BVGE 2007/13 E. 3.4; Entscheid der BRK vom 23. Juli 2003, BRK 2003-016, publiziert in VPB 67.108 E. 4b). Entsprechend sind Angebote mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren auszuschliessen (Art. 19 Abs. 3 BöB; vgl. zum Ganzen BVGE 2007/13 E. 3.1). Dies gilt selbst dann, wenn dadurch das günstigste Angebot nicht berücksichtigt werden kann (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., S. 115).

Der Offerent ist indessen nicht schon wegen unbedeutender Mängel seines Angebots oder wegen eines Verhaltens mit Bagatelldarakter auszuschliessen (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, N. 271 ff. mit Hinweisen). Vielmehr kann nach der Rechtsprechung der BRK gestützt auf das Verbot des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV sowie etwa BGE 128 II 139 E. 2a) unter Umständen verlangt werden, dass dem Anbieter Gelegenheit gegeben wird, den Formmangel zu beheben (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.1; Entscheid der BRK vom 23. Dezember 2005, a.a.O., E. 3b/cc). Diese Möglichkeit könnte sich bei entsprechender Konstellation auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben (vgl. dazu auch den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3255/2009 vom 4. August 2009 sowie E. 7.5 in fine hier-nach).

Die Eignung kann nicht Gegenstand von Verhandlungen nach Art. 20 BöB und Art. 26 VöB sein. In diesem Sinne hat die BRK aus dem Gleichbehandlungsgebot (vgl. Art. 1 Abs. 2 BöB) und aus Art. 19 Abs. 1 BöB den Schluss gezogen, dass sowohl die Eignung der Anbieter als auch die Offerten aufgrund der eingereichten Angaben und Nachweise zu prüfen sind (Entscheid der BRK vom 1. September 2003, BRK 2003-015, publiziert in VPB 68.10 E. 3c/aa). Es ist demnach grundsätzlich nicht Sache der Vergabestelle, weitere Abklärungen zur Eignung eines Anbieters zu treffen, wenn dessen Eignungsnachweise den vorgegebenen Anforderungen nicht genügen (vgl. dazu auch den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.1999.00348 vom 13. April 2000 E. 5c/bb).

7.4 Beim Entscheid darüber, ob ein Angebot von vornherein auszuscheiden oder aber – allenfalls mittels Rückfragen – zu bereinigen ist, kommt der Vergabestelle nach der Rechtsprechung ein erhebliches Ermessen zu. Die Vergabestelle muss aber in jedem Fall alle An-

bietenden 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; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.1).

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 JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/CORINNE MAILLARD/NICOLAS MICHEL, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, S. 110). Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass der Ausschluss von Anbietern wegen nicht fristgerecht eingereichter Eignungsnachweise im selektiven Verfahren von der BRK nicht beanstandet wurde (BVGE 2007/13 E. 3.3 mit Verweis auf den Entscheid der BRK vom 8. Oktober 2002, BRK 2002-011, veröffentlicht in VPB 67.5, insbesondere E. 2b).

7.5 Die Beschwerdeführerinnen vermochten den Nachweis der "Erfahrung in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts" für ihre Mandatsleiterin nicht zu erbringen, obwohl sie in ihrer Offerte bzw. im Anhang dazu entsprechende Referenzen nannten. Daher leidet ihr Angebot nicht an einem (unbedeutenden) Form-, sondern an einem wesentlichen inhaltlichen Mangel. Abgesehen davon haben sie auch in der Replik nicht behauptet, dass die Mandatsleiterin Erfahrung in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts im Rahmen eines vertraglichen oder ähnlich engen Verhältnisses im Sinne der Ausschreibung vorweisen könnte, welche sie in nachträglichen Verhandlungen bzw. in einer Offertbereinigung hätten belegen können. Wie oben (E. 7.3) dargelegt, kann die Eignung aber ohnehin nicht Gegenstand von Verhandlungen sein, und Rückfragen zur Offertbereinigung fallen in das Ermessen der Vergabestelle, wobei das Gleichbehandlungsgebot Grenzen setzt. Diesbezüglich ist nicht erkennbar, dass sich die Vergabestelle rechts-

widrig verhalten hätte. Schliesslich lag es auch in ihrem Ermessen, den fraglichen Eignungsnachweis für die Mandatsleiterin selbst zu verlangen. Zudem war aus der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich, dass die Mandatsleiterin das betreffende Kriterium persönlich erfüllen musste, es mithin nicht genügen würde, wenn ihr Mandatspartner entsprechende Erfahrung nachweisen könnte. Überspitzter Formalismus oder eine "Treuwidrigkeit" ist der Vergabebehörde in diesem Zusammenhang nicht vorzuwerfen.

8.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vergabestelle mit dem Ausschluss der Beschwerdeführerinnen bzw. ihres Angebotes vom Verfahren wegen mangelnder Eignung der Mandatsleiterin nicht gegen Bundesrecht verstossen hat. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.

9.

Abschliessend ist noch über die Verfahrenskosten und allfällige Parteientschädigungen zu befinden.

9.1 Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG; Art. 2 Abs. 1 des Reglementes über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Unter Berücksichtigung der mit diesem Urteil zu verlegenden Kosten für den Zwischenentscheid vom 12. August 2009 (betreffend aufschiebende Wirkung) ist die Gerichtsgebühr aufgrund des Streitwertes auf Fr. 2'500.- festzusetzen.

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.- sind den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. VGKE); der Vergabestelle werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die Beschwerdeführerinnen sind sowohl beim Zwischen- als auch beim Endentscheid vollständig unterlegen, weshalb sie die Verfahrenskosten vollumfänglich zu tragen haben und solidarisch dafür haften.

9.2 Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Als Bundesbehörde hat die obsiegende Vergabestelle jedoch keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.- werden den Beschwerdeführerinnen solidarisch auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- verrechnet.

3.

Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde);
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SHAB Nr. 114; Gerichtsurkunde).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Vera Marantelli

Urs Küpfer

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110), wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert erreicht und sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f Ziff. 1 und 2 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 25. Februar 2010