



Urteil vom 28. März 2012

Besetzung

Richter Francesco Brentani (Vorsitz),
Richter Marc Steiner; Richter Bernard Maitre;
Gerichtsschreiber Corrado Bergomi

Parteien

ARGE A. _____,

bestehend aus:

1. X. _____ **AG**,

2. Y. _____ **GmbH**,

vertreten durch Rechtsanwältin Marie-Theres Huser,
Spiess+Partner Büro für Baurecht, Höschgasse 66,
Postfach, 8034 Zürich,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Schweizerische Bundesbahnen SBB,

Infrastruktur Recht, (...)

Kasernenstrasse 95/97, Postfach, 8021 Zürich,
Vergabestelle.

Gegenstand

Erstellung von Lärmschutzwänden
in Illnau-Effretikon und Kloten

Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung vom 8.01.2012,
publiziert im SIMAP vom 27.01.2012 (Nr. 709331).

Sachverhalt:**A.**

Mit Publikation auf simap.ch (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen der Schweiz) vom 9. September 2011 (Meldungsnummer 681607) schrieben die Schweizerischen Bundesbahnen SBB (im Folgenden: Vergabestelle) die Ausführung der Erstellung von Lärmschutzwänden in den Gemeinden Illnau-Effretikon und Kloten öffentlich aus. Diese Publikation wurde mit keiner Rechtsmittelbelehrung versehen.

B.

Die ARGE A._____, bestehend aus der X._____
AG, und der Y._____
GmbH, reichte am 21. Oktober 2011 eine Offerte einschliesslich einer Variante für das ausgeschriebene Projekt ein.

C.

Am 27. Januar 2012 veröffentlichte die Vergabestelle auf simap.ch (Meldungsnummer 709331) den Zuschlag an die Z._____
AG (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) zum Preis von CHF 3'325'000.-. Die Publikation enthält keine Rechtsmittelbelehrung. Die Vergabestelle teilte der ARGE A._____
mit Schreiben vom gleichen Datum mit, dass sie ihr Angebot wegen Nichterfüllung der Eignungskriterien nicht berücksichtigen können. Die Offerte weise Mängel im Bereich "Nachweis der Ausbildung Sicherheitschef Privat" (nur eine Person mit gültigem Ausweis zum geplanten Arbeitsbeginn) und der Foundation (Abweichung von der Amtsvariante bei der Foundation) auf. Am 6. Februar 2012 fand eine Besprechung zwischen der Vergabestelle und der ARGE A._____
statt.

D.

Mit Eingabe vom 16. Februar 2012 erhoben die X._____
AG und die Y._____
GmbH (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen den am 27. Januar 2012 publizierten Zuschlag. Sie beantragen in materieller Hinsicht die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Rückweisung der Sache an die Vergabestelle zur Neuurteilung im Sinne ihrer Begründung, eventualiter sei die Vergabestelle zu einem angemessenen Schadenersatz für den verursachten Schaden zu verpflichten. In prozessualer Hinsicht beantragen die Beschwerdeführerinnen, es sei der Beschwerde zunächst provisorisch alsdann definitiv die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Im Weiteren stellen sie den Antrag, es sei ihnen die volle Akteneinsicht zu gewähren und ihnen Gelegenheit zu geben, zu den Unterlagen Stellung zu nehmen bzw.

es sei nach erfolgter Akteneinsicht ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Im Wesentlichen machen die Beschwerdeführerinnen geltend, sie seien zu Unrecht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden und die Vergabestelle habe das Gleichbehandlungsgebot der Anbieter und das Transparenzprinzip verletzt, indem sie mit einem Anbieter Verhandlungen und Besprechungen geführt habe.

E.

Am 17. Februar 2012 ordnete das Bundesverwaltungsgericht an, dass bis zu seinem Entscheid über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren können, namentlich der Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin, zu unterbleiben haben.

Mit Zwischenverfügung vom 20. Februar 2012 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Vergabestelle bzw. stellte der Zuschlagsempfängerin frei, bis zum 5. März 2012 zum Antrag der Beschwerdeführerinnen, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, Stellung zu nehmen, respektive bis zum 20. März 2012 eine Vernehmlassung in der Hauptsache einzureichen.

F.

Die Vergabestelle reichte mit Eingabe vom 2. März 2012 die Vorakten ein. Sie beantragt, das Beschwerdeverfahren sei vorerst auf die Frage der Zulässigkeit der Beschwerde zu beschränken, auf die Beschwerde sei mangels Erreichens des geltenden Schwellenwerts nicht einzutreten und die Fristen zur Einreichung der Stellungnahme bezüglich aufschiebender Wirkung der Beschwerde sowie zur Beschwerdeantwort seien bis zum Entscheid betreffend Zulässigkeit der Beschwerde zu sistieren. Eventualiter beantragt die Vergabestelle, ihr sei im Falle, dass das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschwerde eintritt, eine neue Frist zur Einreichung der Stellungnahme bezüglich aufschiebender Wirkung der Beschwerde sowie zur Beschwerdeantwort anzusetzen. Weiter seien der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen, unter Kostenfolge.

G.

Mit Verfügung vom 6. März 2012 forderte der Instruktionsrichter die Beschwerdeführerinnen auf bzw. stellte der Zuschlagsempfängerin frei, bis

zum 14. März 2012 zur Frage der Schwellenwerte bzw. zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts Stellung zu nehmen. Zugleich wurden die angesetzten Fristen zur Einreichung der Stellungnahme zum Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. in der Hauptsache vorläufig ausgesetzt.

H.

Mit Eingabe vom 12. März 2012 beantragen die Beschwerdeführerinnen, es sei auf die Beschwerde einzutreten und halten im Übrigen an ihren Anträgen fest.

Die Beschwerdeführerinnen stellen sich auf den Standpunkt, der geschätzte Auftragswert des Gesamtwerks übersteige den massgeblichen Schwellenwert für Bauaufträge. Vorliegend umfasse das Gesamtbauwerk alle im gleichen Zeitraum zur Ausschreibung bereiten Bauaufträge für Lärmschutzwände der Sanierungseinheit Nr. 303 im Raum der SBB, Infrastruktur, Bauprojekte, Region Ost. Es handle sich um die Projekte "Illnau-Effretikon", "Kloten" und "Winterthur". Im Weiteren erklären die Beschwerdeführerinnen, ihre Beschwerde richte sich auch gegen die Ausschreibung, die keinen Hinweis darauf enthalte, dass es sich um einen Bauauftrag im unterschweligen Bereich handle. Die Vergabestelle habe willkürlich gehandelt, indem sie das Projekt "Winterthur" aus dem Gesamtauftrag herausgenommen und nur die Teilaufträge "Illnau-Effretikon" und "Kloten" ausgeschrieben habe. Für den Fall, dass das Bundesverwaltungsgericht eine Ausschreibung unterhalb des Schwellenwerts annehmen sollte, ergebe sich die Zulässigkeit der Beschwerde aus Art. 25a VwVG (Verfügung über Realakte). Schliesslich beantragen die Beschwerdeführerinnen Einsicht in act. 4 (Verhandlungen und Korrespondenz) und act. 5 (Vergabeantrag) der Vorakten.

I.

Mit Stellungnahme vom 19. März 2012 hält die Vergabestelle an ihren Anträgen gemäss Eingabe vom 2. März 2012 fest.

J.

Die Zuschlagsempfängerin hat sich nicht am Verfahren beteiligt.

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; BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 1.2).

2.

Gegen Verfügungen über den Zuschlag in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 lit. a des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, BöB, SR 172.056.1). 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 BöB und das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG).

Als ausgeschlossene Anbieterinnen sind die Beschwerdeführerinnen nach Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde legitimiert (vgl. BVGE 2007/13 E. 1.4; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 1.4). 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). Die Vertreterin der Beschwerdeführerinnen hat sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG).

3.

Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜöB, SR 0.632.231.422) unterstellt sind. Alle übrigen Beschaffungen sind in der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) geregelt. Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gemäss dem 5. Abschnitt des BöB ist nach der Konzeption dieses Gesetzes nur zulässig gegen Beschaffungen, die in den Geltungsbereich des BöB fallen (e contrario Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BöB, vgl. auch Art. 39 VöB; BVGE 2008/61 E. 3.1, 2008/48 E. 2.1; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, BRK, vom 11. Oktober 2001, veröffentlicht in VPB 66.4, E. 1b mit Hinweisen).

4.

Das BöB ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages die Schwellenwerte von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

4.1. Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG, SR 0.172.052.68) auf den 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind die SBB AG, die Unternehmen, bei denen diese die Aktienmehrheit besitzen, und die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem BöB direkt unterstellt. Ausgenommen sind alle Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (Art. 2 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-93/2007 vom 8. Juni 2007 E. 4.1).

Gemäss Ziff. 2.1, 2.2 und 2.5 der Ausschreibung geht es beim vorliegenden Beschaffungsobjekt um die Ausführung der Erstellung von Lärmschutzwänden entlang der SBB-Gleise in den Gemeinden Illnau-Effretikon und Kloten. Unter dem Titel "Besondere Bestimmungen" in den Submissionsunterlagen (Beilage 1.2.2 auf CD) ist der Gegenstand der Beschaffung im Rahmen der Lärmsanierungsmassnahmen in den Städten Illnau-Effretikon und Kloten anzusiedeln. Die das Beschaffungsobjekt umfassenden Tätigkeiten weisen demnach einen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Bereich Verkehr der SBB AG auf. Entsprechend fällt die zu beurteilende Vergabe in den Anwendungsbereich des BöB (Art. 2 Abs. 2 BöB i. V. m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b VöB).

Die ausgeschriebenen Arbeiten umfassen die Erstellung von Lärmschutzwänden und stellen unbestrittenermassen einen Bauauftrag dar (vgl. Ausschreibung Ziffer 1.7). Die Beschaffung fällt damit gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 BöB in den Anwendungsbereich des BöB.

4.2. Mit Bezug auf Bauwerke derjenigen Auftraggeber, die wie die Vergabestelle aufgrund von Art. 2 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 lit. b VöB dem BöB unterstellt sind, ist ein Schwellenwert von 8 Millionen Franken massgeblich (Art. 2a Abs. 3 lit.d VöB).

4.2.1. Massgebend für die Frage, ob der Schwellenwert erreicht ist, ist nach Art. 6 Abs. 1 BöB die Schätzung des Auftragswerts durch die Vergabestelle (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2778/2008 vom 20. Mai 2009 E. 2.4). Ein Auftrag darf nicht in der Absicht aufgeteilt werden, die Anwendbarkeit dieses Gesetzes zu umgehen (Art. 7 Abs. 1 BöB; sog. Zerstückelungsverbot, vgl. hierzu MARTIN BEYELER, Bausubmissionen: Schwellenwerte, Bauwerkregel und Bagatellklausel, in: Anwaltsrevue 2008, S. 263 ff., insbesondere S. 266). Vergibt die Auftraggeberin für die Realisierung eines Bauwerkes mehrere Bauaufträge, so ist nach Art. 7 Abs. 2 BöB deren (geschätzter) Gesamtwert massgebend.

Nach Art. 7 Abs. 2 Satz 1 BöB ist für die Frage, ob der Schwellenwert für Bauaufträge erreicht wird, nicht der Wert des einzelnen Auftrages, sondern der Gesamtwert eines Bauwerkes massgebend, wenn die Auftraggeberin für dessen Realisierung mehrere Bauaufträge vergibt (sog. Bauwerkregel; vgl. BEYELER, a. a. O., S. 265; siehe auch GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a. a. O., Rz. 168). Entscheidend ist damit, ob im Gegenstand eines Bauauftrags ein isoliertes eigenes Bauwerk oder ein Teil eines grösseren Bauvorhabens zu sehen ist (BEYELER, a. a. O., S. 265). Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil B-2778/2008 vom 20. Mai 2009 E. 2.4.1 diesbezüglich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) hingewiesen, wonach für die Beurteilung, ob *ein* Bauwerk vorliege, die wirtschaftliche und technische Gesamtfunktion eines Vorhabens zu betrachten sei (vgl. Urteil des EuGH vom 5. Oktober 2000 in der Rechtssache C-16/98 Kommission gegen Frankreich, Rn. 36), musste die Frage dort aber nicht weiter erörtern.

4.2.2. Die Vergabestelle führt aus, die fragliche Beschaffung beinhalte die Erstellung von zwei Bauwerken. Das erste Projekt betreffe die Lärmsanierung in Illnau-Effretikon und beinhalte die Erstellung von Lärmschutzwänden mit einer Gesamtlänge von 1'137 m. Die Gesamtprojektkosten für die baulichen Massnahmen seien mit Fr. 4'616'000.– veranschlagt worden, wobei das Vergabevolumen der Bauleistung Fr. 2'990'250.– betrage (vgl. Beilage 1 zum Schreiben der Vergabestelle vom 2. März 2012: KV für LSW Illnau-Effretikon vom 11. Juli 2011). Das zweite Projekt betreffe die Lärmsanierung in Kloten und beinhalte die Erstellung von Lärmschutz-

wänden mit einer Gesamtlänge von 537 m. Die Gesamtprojektkosten für die baulichen Massnahmen seien auf Fr. 1'963.390.65 beziffert worden, wobei das Vergabevolumen der Bauleistung Fr. 1'018'871.– betrage (vgl. Beilage 2 zum Schreiben der Vergabestelle vom 2. März 2012: KV für LSW Kloten vom 10. Dezember 2010). Aus den von ihr geschilderten Verhältnissen leitet die Vergabestelle ab, dass der Schwellenwert für den vorliegenden Bauauftrag weit unterschritten sei und selbst dann nicht erreicht würde, wenn das Vergabevolumen der beiden Bauwerke zusammen gerechnet würde.

Die Beschwerdeführerinnen sind indessen der Auffassung, der geschätzte Auftragswert des Gesamtwerks übersteige den Schwellenwert. Das Gesamtwerk erfasse die Projekte Illnau-Effretikon, Kloten und Winterthur, welche zur Sanierungseinheit Nr. 303 gehörten.

4.2.3. Aufgrund der verschiedenen Ansichten der Parteien gilt es nachfolgend zu prüfen, ob und inwiefern es sich bei den drei fraglichen Projekten betreffend Erstellung von Lärmschutzwänden in den Gemeinden Illnau-Effretikon, Kloten und Winterthur um ein einheitliches oder mehrere voneinander unabhängige Bauwerke handelt, mithin ob sie ein einheitliches Bauvorhaben bilden oder als voneinander unabhängige Einzelaufträge zu betrachten sind bzw. ob der massgebliche Schwellenwert erreicht ist.

In ihren Eingaben erklärt die Vergabestelle, dass die Beschaffung der Bauwerke in den Gemeinden Illnau-Effretikon und Kloten lediglich aus Synergiegründen gemeinsam erfolgt sei. Jedoch seien die Bauwerke voneinander unabhängig, denn die jeweiligen Plangenehmigungen und Kreditfreigaben jeweils für das einzelne Projekt und damit unabhängig voneinander erfolgten. Beide Bauwerke seien vollumfänglich funktions-tüchtig bzw. erfüllten ihren Zweck unabhängig davon, ob in einer anderen Gemeinde ebenfalls Lärmsanierungsmassnahmen erfolgten oder nicht, weshalb auch das Lärmsanierungsprojekt Winterthur unerheblich für die Beurteilung der Beschwerde sei.

Die Auffassung der Vorinstanz ist in nachvollziehbarer Weise dokumentiert. In den Beilagen 1 und 2 zu ihrer Eingabe vom 2. März 2012 kommt zum Ausdruck, dass die Projektkosten für die baulichen Massnahmen für jeden Bauauftrag separat am 11. Juli 2011 bzw. 10. Dezember 2011 veranschlagt wurden. Der jeweilige Kostenvoranschlag wurde jeweils mit separater Verfügung vom Bundesamt für Verkehr (im Folgenden: BAV) genehmigt (vgl. Beilage 5 zum Schreiben vom 2. März 2012: Verfügung des

BAV vom 26 August 2011 über den Höchstbetrag der Finanzhilfe betr. Eisenbahnsanierung Illnau-Effretikon; Beilage 6 zum Schreiben vom 2. März 2012; Verfügung des BAV vom 27. April 2011 über den Höchstbetrag der Finanzhilfe betr. Eisenbahnlärmsanierung in der Gemeinde Kloten). Aus den Beilagen 3 und 4 zur gleichen Eingabe geht zudem hervor, dass die Genehmigung der einzelnen Bauprojekte am 14. Juli 2011 für die Erstellung der Lärmschutzwände in der Gemeinde Illnau-Effretikon bzw. am 23. Februar 2011 für die Erstellung der Lärmschutzwände in der Gemeinde Kloten erfolgte.

Bereits aufgrund dieser Dokumentation kann das angerufene Bundesverwaltungsgericht zu der Erkenntnis gelangen, dass die Bauprojekte betreffend Erstellung von Lärmschutzwänden in Illnau-Effretikon und Kloten als wirtschaftlich und verfahrenstechnisch eigenständige Bauprojekte bzw. Bauwerke und nicht als Teile eines Gesamtbauwerks zu verstehen sind. Unabhängig davon, ob diese Bauaufträge für sich allein oder in ihrer Gesamtheit gesehen werden, vermag die Schätzung des massgeblichen Auftragswerts, welche gemäss den Akten ordnungsgemäss vor der Ausschreibung erfolgte (vgl. E. 4.2.2 f.), in jedem Fall den Schwellenwert für Bauwerke von 8 Millionen Franken gemäss Art. 2a Abs. 3 lit.d VöB nicht zu übersteigen.

4.2.4. Die Beschwerdeführerinnen legen keine nachvollziehbare Berechnung vor und begründen auch nicht hinreichend, weshalb das Lärmschutzvorhaben in Winterthur hinzuzurechnen sei.

Um ihre These zu untermauern, wonach das Gesamtbauwerk vorliegend alle im gleichen Zeitraum der Ausschreibung bereiteten Bauaufträge für Lärmschutzwände der Sanierungseinheit Nr. 303 im Raum der SBB Infrastruktur, Bauprojekte, Region Ost umfasse, verweisen die Beschwerdeführerinnen auf die Detailangaben zu den Projekten Illnau-Effretikon, Kloten und Winterthur gemäss Webseite des BAV (Beilage 19 des Schreibens vom 12. März 2012; vgl. auch mit Blick auf die nachfolgenden Erwägungen <http://www.laerm-sbb.ch/index.php?nav=standls&sprache=de&site=bauls>, letztmals besucht am 26. März 2012).

Aus diesen Informationen geht zwar hervor, dass die drei genannten Bauprojekte unter die Sanierungseinheit Nr. 303 fallen. Indessen ist daraus ersichtlich, dass bezüglich jedes einzelnen Projekts eine separate und mittlerweile in Rechtskraft erwachsene Plangenehmigungsverfügung erging. Das kann wiederum als Hinweis für eine Einzelbetrachtung der Bauaufträge sprechen. Im Übrigen haben die Bauarbeiten hinsichtlich des Bauprojekts Winterthur am 1. April 2011 begonnen und werden voraussichtlich am 31.12.2012 abgeschlossen sein, während der Beginn der Bauarbeiten für die Projekte Illnau-Effretikon und Kloten für den 10. April 2012 und den 7. Januar 2012 angekündigt wurde. Angesichts des zeitlichen Auseinanderliegens der Bauarbeiten ist kein Grund ersichtlich, warum die Vergabestelle das Projekt "Winterthur" mit den beiden hier strittigen Bauaufträgen hätte zusammenführen sollen. Der von den Beschwerdeführerinnen erhobene Vorwurf stösst auch deshalb ins Leere. Zentral in diesem Zusammenhang ist die Argumentation der Vergabestelle, wonach die Bauwerke in den verschiedenen Gemeinden unabhängig voneinander ausführbar seien. Die nachvollziehbar begründete zeitliche Staffelung und räumliche Zuordnung tragen dazu bei, diese Sichtweise zu bestätigen.

Des Weiteren, allein aus der Unterstellung unter die gleiche Sanierungseinheit Nr. 303 kann nicht darauf geschlossen werden, dass sämtliche dazugehörenden Einzelaufträge in ein einziges Bauwerk zu integrieren wären. Gemäss den Angaben auf der Webseite des BAV umfasst die Sanierungseinheit Nr. 303 nicht nur die Bauprojekte Illnau-Effretikon, Kloten und Winterthur, sondern auch die Bauprojekte Lindau, Bassersdorf, Brütisellen, Dietikon und Wallisellen. Die Bauprojekte Lindau, Brütisellen und Wallisellen betreffen nur die Erstellung von Schallschutzfenstern, für deren Realisierung der Kanton Zürich zuständig ist. Das Bauprojekt Bassersdorf wurde bereits realisiert und das Bauprojekt Dietikon befindet sich in der Bauprojektierungsphase. Aufgrund dieser Informationen kann davon ausgegangen werden, dass die Projektierung, das Plangenehmigungsverfahren und die Realisierung der zur Sanierungseinheit Nr. 303 gehörenden Projekte in verschiedenen Zeitpunkten an die Hand genommen wurden und dass die Realisierung der Projekte nicht nur in den Zuständigkeitsbereich der Vergabestellen des Bundes, sondern auch der Kantone fällt. Daraus erhellt, dass die Bauprojekte eher als Einzelaufträge denn als einheitliches Bauwerk zu betrachten sind.

4.2.5. Im Sinne eines Zwischenergebnisses ist festzuhalten, dass die Bauprojekte "Illnau-Effretikon", "Kloten" und "Winterthur" nicht als Teile eines Bauwerks im Sinne von Art. 7 Abs. 2 BöB, sondern vielmehr als ei-

genständige Bauwerke betrachtet werden dürfen. Die sich daraus ergebenden Konsequenzen für das Vergabe- und Beschwerdeverfahren sind nachfolgend zu prüfen.

4.2.6. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Vergabestelle habe willkürlich gehandelt, indem sie das Projekt "Winterthur" aus dem Gesamtauftrag herausgenommen und nur die Teilaufträge "Illnau-Effretikon" und "Kloten" ausgeschrieben habe. Ausserdem sei in der Ausschreibung nicht erkennbar gewesen, dass es sich um eine Vergabe in einem unter-schwelligem Bereich handle, weshalb sich die Beschwerde auch gegen die Ausschreibung richte.

Mit diesem Vorbringen vermögen die Beschwerdeführerinnen ebenfalls nicht durchzudringen. Es liegt im freien Ermessen der Vergabebehörde, die Arbeiten in beliebig viele Aufträge aufzuteilen oder gesamthaft zusammenzufassen, sofern weder das Zerstückelungsverbot gemäss Art. 7 Abs. 1 BöB noch die Bauwerkregel nach Art. 7 Abs. 2 Satz 1 BöB verletzt werden. Diese Regelungen beabsichtigen nicht, die Aufteilung der Leistungen auf verschiedene Vergaben generell zu verhindern (vgl. BEYELER, a. a. O., S. 266). Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle – nicht zuletzt aufgrund der zeitlichen und räumlichen Nähe beider Vorhaben – die Bauaufträge "Illnau-Effretikon" und "Kloten" zusammen ausgeschrieben hat, ohne den sich bereits in der Bauphase befindenden Bauauftrag "Winterthur" mit einzubeziehen (vgl. vorne E. 4.2.4).

Gemäss Art. 34 Abs. 1 i. V. m. Art. 35 Abs. 3 lit. g VöB (e contrario) sind Bauaufträge, deren massgeblicher Schätzwert zwar nicht die gesetzliche Schwelle erreicht, aber oberhalb von Fr. 2 Mio. liegt, im Ausschreibungsverfahren zu vergeben. Sowohl die Ausschreibung als auch der Zuschlag weisen vorliegend darauf hin, dass es sich um ein offenes Vergabeverfahren handelt. Allein der Umstand, dass die Schätzung des massgeblichen Werts der Bauaufträge – einzeln und gesamthaft betrachtet – sich unterhalb des Schwellenwerts für Bauwerke befindet, führt dazu, dass der Beschwerdeweg nicht offen steht (Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Art. 27 Abs. 1 BöB e contrario bzw. Art. 32 lit. a Ziff. 1 i. V. m. Art. 39 VöB). Die Vergabestelle hat diesem Umstand vorliegend gebührend Rechnung getragen, indem sie weder die Ausschreibung noch die Zuschlagsverfügung mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen hat. Infolgedessen ist eine Beschwerde unzulässig, gleichgültig, ob sie sich gegen die Ausschreibung oder den Zuschlag richtet. Insofern erweisen sich die Rügen der Beschwerdeführerinnen als unbegründet.

5.

Zusammenfassend ergibt sich, dass der massgebliche Schätzwert der Bauaufträge "Illnau-Effretikon" und "Kloten", sowohl separat als auch zusammen addiert, den massgeblichen Schwellenwert von 8 Millionen Franken nicht übersteigt. Das gilt hinsichtlich der Gesamtprojektkosten (Fr. 4'616'000.– bzw. Fr. 1'963'390.65) und hinsichtlich der Vergabevolumen (Fr. 2'990'250.– bzw. Fr. 1'018'871.–; vgl. vorne E. 1.4.2.2). Infolgedessen entfällt das Beschwerderecht der Beschwerdeführerinnen, so dass auf ihre Beschwerde nicht einzutreten ist.

6.

Im Eventualstandpunkt machen die Beschwerdeführerinnen sinngemäss geltend, das Bundesverwaltungsgericht habe ihre Beschwerde über dem Weg der Verfügung über Realakte (Art. 25a VwVG) an die Hand zu nehmen. Diese Rüge ist praxisgemäss zulässig (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3311/2009 vom 16. Juli 2009, E. 1.3).

Wer ein schutzwürdiges Interesse hat, kann von der Behörde, die für Handlungen zuständig ist, welche sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und Rechte oder Pflichten berühren, verlangen, dass sie: (a.) widerrechtliche Handlungen unterlässt, einstellt oder widerruft; (b.) die Folgen widerrechtlicher Handlungen beseitigt; (c.) die Widerrechtlichkeit von Handlungen feststellt (Art. 25a Abs. 1 VwVG). Die Behörde entscheidet durch Verfügung (Art. 25a Abs. 2 VwVG).

Mit Art. 25a VwVG soll der Rechtsschutzgarantie gemäss Art. 29a BV Rechnung getragen und eine Erweiterung der bisherigen Rechtsschutzmöglichkeiten angestrebt werden (vgl. ISABELLE HÄNER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), VwVG Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, N. 2 f. ad Art. 25a VwVG).

Zur Frage, ob ausserhalb des Anwendungsbereichs des BöB eine Verfügung gestützt auf Art. 25a VwVG erwirkt werden kann, hat sich das Bundesverwaltungsgericht bereits dahingehend geäussert, dies erscheine nach der Kommentarliteratur zum Bundesgerichtsgesetz zwar denkbar, wenn auch aus den Materialien eine entsprechende Absicht des Gesetzgebers nicht hervorgehe (vgl. BVGE 2008/48 E. 5.3 mit weiteren Hinweisen zu Doktrin und Praxis). Demnach sei es dem Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 190 BV (Gebot der Anwendung von Bundesgesetzen) wohl grundsätzlich verwehrt, mit der Begründung, dies erscheine durch die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV geboten, über den Anwen-

dungsbereich des BöB hinausgehend seine Zuständigkeit zu bejahen (BVGE 2008/48 E. 5.3).

Es sind im hier zu beurteilenden Fall keine Gründe ersichtlich, von dieser Praxis abzuweichen. Ist das Bundesverwaltungsgericht zur Behandlung der Beschwerde nicht zuständig, da wie vorliegend das Vergaberecht bei Beschaffungen im unterschweligen Bereich den Rechtsschutz gegen Vergabeentscheide ausserhalb des Geltungsbereichs des BöB ausdrücklich und bewusst ausgeschlossen hat (Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BöB e contrario und in Bezug auf die Schwellenwerte Art. 6 BöB, vgl. auch Art. 39 VöB), so kann auch nicht über den Umweg von Art. 25a VwVG eine gerichtliche Überprüfung durch das Bundesverwaltungsgericht erzielt werden (vgl. BEATRICE WEBER-DÜRLER, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), VwVG Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, N. 33; anders unter Berufung auf den vor dem 1. Januar 2010 geltenden deutschen Wortlaut von Art. 39 VöB noch. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.40 mit weiteren Hinweisen).

Angesichts des klaren Willens des Gesetzgebers wäre es inkonsequent, den Beschwerdeführerinnen ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung über dem Weg von Art. 25a VwVG zuzuerkennen. Die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge erweist sich demnach als unbegründet.

7.

Zusammenfassend bleibt es dabei, dass mangels Erreichens des massgeblichen Schwellenwerts auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

8.

Gemäss Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) richten sich die Verfahrenskosten nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung sowie der finanziellen Lage der Parteien. Angesichts des Vergabevolumens von ca. Fr. 2'981'261.65 sowie der Verfahrenserledigung durch Nichteintreten (vgl. Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-2561/2009 vom 20. Juli 2009, E. 7) die Verfahrenskosten für den Entscheid in der Hauptsache auf Fr. 3'000.– festzusetzen (Art. 4 VGKE).

Da auf die Beschwerde nicht eingetreten wird, gelten die Beschwerdeführerinnen als unterliegende Partei und es sind ihnen die Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeführerinnen haben als unterliegende Partei keinen Anspruch auf Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i. V.m. Art. 7 Abs. 1 und 2 VGKE). Der Vergabestelle ist aufgrund von Art. 7 Abs. 3 VGKE ebenfalls keine Parteientschädigung zuzusprechen. Gleich verhält es sich mit der Zuschlagsempfängerin, welche sich nicht als Partei konstituiert hat.

9.

Die am 17. Februar 2012 superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung fällt mit dem Erlass des vorliegenden Urteils dahin. Damit erübrigt sich zugleich die Beurteilung des Antrags auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung sowie der übrigen Rechtsbegehren. Ebenfalls sind die mit Verfügung vom ausgesetzten Fristen hinfällig geworden.

Vom Akteneinsichtsrecht ausgeschlossen sind alle Akten und Unterlagen, welche für den hier zu treffenden Entscheid nicht wesentlich sind. Der vorliegende Nichteintretensentscheid konnte unter Berücksichtigung der Beschwerdeschrift vom 16. Februar 2012, der Beschwerdeantwort der Vergabestelle vom 2. März 2012 inklusive Beilagen, der Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 12. März 2012 inklusive Beilagen sowie das Schreiben der Vergabestelle vom 19. März 2012 ergehen. Die Beschwerdeantwort inklusive Beilagen 1-6 wurde den Beschwerdeführerinnen mit Verfügung vom 6. März 2012 zugestellt. Das Schreiben der Vergabestelle vom 19. März 2012, das sich bezüglich der Frage zum Schwellenwert inhaltlich mit der Beschwerdeantwort deckt, ist mit dem vorliegenden Nichteintretensentscheid zuzustellen. Soweit die Ansichtsrechtsbegehren der Beschwerdeführerinnen durch die bis anhin gewährte Akteneinsicht nicht gegenstandslos geworden sind, sind sie aufgrund der Verfahrenserledigung mit Nichteintretensentscheid abzuweisen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Eingabe der Vergabestelle vom 19. März 2012 wird den Beschwerdeführerinnen zur Kenntnis zugestellt.

4.

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.– werden den Beschwerdeführerinnen auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 6'000.– verrechnet. Die Differenz zum einbezahlten Kostenvorschuss, die sich auf Fr. 3'000.– beläuft, wird den Beschwerdeführerinnen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

5.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

6.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreterin; Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular, gemäss Ziff. 2);
- die Vergabestelle (SIMAP vom 2.01.2012, Nr. 709331; Gerichtsurkunde);
- die Zuschlagsempfängerin (Einschreiben).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Francesco Brentani

Corrado Bergomi

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100, insbesondere Art. 83 Bst. f und Art. 93 Abs. 1, des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. 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 (Art. 42 BGG).

Versand: 29. März 2012