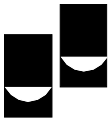
Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-504/2009
{T 0/2}

Zwischenentscheid vom 3. März 2009

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz), Richterin Vera Marantelli, Richter Hans Urech; Gerichtsschreiber Martin Buchli.

Beschwerdesache

Parteien

A._____
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Strassen (ASTRA), Filiale Winterthur,
Grüezefeldstrasse 41,
8408 Winterthur,
Vergabestelle,

Gegenstand

Beschaffungswesen, Ausschluss im offenen Verfahren (N01/20 ZAVz Nordumfahrung Zürich, Projektierung und Bauleitung Verkehrsbeeinflussung).

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest:

A.
Im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 179 vom 16. September 2008 schrieb das Bundesamt für Strassen (ASTRA), Filiale Winterthur (im Folgenden: Vergabestelle), unter dem Projekttitel "Schweizerische Nationalstrassen N01/N20 Ausbau Nordumfahrung Zürich, Projektierung und Bauleitung Verkehrsbeeinflussungsanlage (VBA)" einen Ingenieurauftrag (Elektro-, Verkehrs- und Bauingenieurarbeiten) im offenen Verfahren öffentlich aus. Der Schlusstermin für die Einreichung der Angebote wurde auf den 27. Oktober 2008 festgesetzt.

Als Eignungsnachweis wurde in der Ausschreibung unter Ziff. 3.8 verlangt, dass die Anbieter je mindestens zwei Referenzprojekte im Bereich Elektroingenieurarbeiten, Verkehrsingenieurarbeiten und Bauingenieurarbeiten angeben, welche die Unternehmung in den letzten zehn Jahren abgeschlossen hat und die mit der "vorgesehenen Aufgabe" vergleichbar sind. Die Schlüsselpersonen betreffend wurden zudem je mindestens eine Referenz über die Begleitung und Betreuung eines vergleichbaren Projekts in den letzten 10 Jahren gefordert.

B.
Fünf Anbieter reichten fristgerecht ein Angebot bei der Vergabestelle ein. Mit Publikation im SHAB Nr. 7 vom 13. Januar 2009 wurde der Zuschlag an die IG X. erteilt. Der A._____ teilte die Vergabestelle mit Schreiben vom 14. Januar 2009 mit, ihr Angebot sei wegen Nichterfüllung der Eignungskriterien von der Bewertung ausgeschlossen worden, da die Referenzen über die Begleitung und Betreuung von mindestens zwei Bauingenieurarbeiten den gestellten Anforderungen nicht entsprächen.

C.
Mit Eingabe vom 22. Januar 2009 erhob die A._____ (im Folgenden: Beschwerdeführerin) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen den Vergabeentscheid vom 13. Januar 2009. Sie beantragt in materieller Hinsicht die Aufhebung des Zuschlags sowie die Wiederholung des Vergabeverfahrens unter Berücksichtigung ihres Angebots. In prozessualer Hinsicht stellt sie den Antrag, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Für den Fall der gerichtlichen Feststellung des widerrechtlichen Ausschlusses beantragt die Beschwer-

deführerin eventualiter die Zusprechung eines angemessenen Schadenersatzes.

Zur Begründung ihrer Anträge bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, dass sie die Eignungskriterien vollumfänglich erfülle. Deshalb sei der Ausschluss unzulässig. Weiter rügt sie, der Entscheid betreffend ihren Ausschluss hätte ihr noch vor Ergehen des Zuschlags in der Form einer anfechtbaren Verfügung eröffnet werden müssen.

D.
Am 26. Januar 2009 erteilte der Instruktionsrichter der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung und untersagte der Vergabestelle bis zum Entscheid über den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin.

E.
Die Vergabestelle nahm mit Eingabe vom 10. Februar 2009 zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin Stellung. Sie beantragt die Abweisung des Antrags auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung, wobei darüber ohne weiteren Schriftenwechsel und ohne Verzug zu entscheiden sei. Darüber hinaus sei die Akteneinsicht insoweit zu beschränken, als es sich um die Offerten der Konkurrenten bzw. den Evaluationsbericht handelt, da mit diesen Akten Geschäftsgeheimnisse der Konkurrenten "verbunden" seien.

Die Vergabestelle führt aus, dass die Beschwerdeführerin aufgrund der ungenügenden Eignungsnachweise bei zwei Referenzen "die Unternehmung betreffend" und zwei Referenzen "die Schlüsselpersonen betreffend" vom vorliegenden Verfahren ausgeschlossen worden sei. Die Referenzen seien weder hinsichtlich der Komplexität mit der vorliegenden Ausschreibung vergleichbar gewesen noch habe es sich um abgeschlossene Projekte gehandelt. Die Beschwerde erweise sich als offensichtlich aussichtslos, weshalb zur Beurteilung des Antrags um Gewährung der aufschiebenden Wirkung keine Interessenabwägung erforderlich sei. Eventualiter macht die Vergabestelle geltend, dass die öffentlichen Interessen an der Verweigerung der aufschiebenden Wirkung die privaten Interessen der Beschwerdeführerin an der Erteilung des Suspensiveffektes überwiegen, da die heutige Nordumfahrung Zürich an ihre Leistungsgrenzen gestossen sei und das Projekt Ausbau Nordumfahrung Zürich ohne Aufschub ausgeführt werden müsse.

F.
Mit Verfügung vom 13. Februar 2009 wurde der Beschwerdeführerin teilweise und auszugsweise Einsicht in die Verfahrensakten, namentlich den Evaluationsbericht vom 3. Dezember 2008, die Detailauswertung vom 27. November 2008 (insb. die Tabelle "Beurteilung der Eignungskriterien") und das Auswertekonzept vom 12. September 2008 gewährt.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und entsprechend auf die Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen; zur Publikation bestimmtes Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1773/2006 vom 25. September 2008 E. 1.2 mit Hinweisen).

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

1.2 Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und daher nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a BoeB diesem Gesetz unterstellt. Bei dem in Frage stehenden Auftrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB. Die Ingenieurarbeiten für die Verkehrsbeeinflussungsanlage (VBA) sind nach den Kategorien der provisorischen Produkteklassifikation der Gruppe 867 "Architectural, engineering and other technical services" zuzuordnen (vgl. dazu den Projektbeschrieb gemäss der Ausschreibung vom 16. September 2008 und die Ziffern 1.7 und 2.1 der Ausschreibung). Nach Anhang 1 Annex 4 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen

(ÜoeB, SR 0.632.231.422) fallen derartige Dienstleistungen in den Anwendungsbereich des ÜoeB und damit auch denjenigen des BoeB. Der für Dienstleistungsaufträge erforderliche Schwellenwert gemäss Art. 1 Bst. 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 BoeB in der Höhe von Fr. 248'950.- ist vorliegend deutlich überschritten (Preisspanne gemäss Ziffer 3.2 der Zuschlagspublikation: Fr. 5'205'153.- bis Fr. 5'631'690.-). Damit sind die Regeln des BoeB auf den in Frage stehenden Auftrag anzuwenden, womit zugleich die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gegeben ist (zur Publikation bestimmtes Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1773/2006 vom 25. September 2008 E. 2.1 mit Hinweisen).

1.3 Nach Art. 39 Abs. 1 VGG entscheidet der zuständige Instruktionsrichter grundsätzlich selbständig über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4393). Aus den Materialien ist indessen nicht ersichtlich, dass Art. 39 Abs. 1 VGG als lex specialis zu Art. 55 Abs. 3 VwVG die dort vorgesehene Alternative des Entscheides durch den Spruchkörper ausschliessen will (BVGE 2007/13, nicht publizierte E. 1.3.2). Dies ist umso weniger anzunehmen, als die Beurteilung der aufschiebenden Wirkung in Dreierbesetzung keinen Rechtsnachteil für die Rechtsunterworfenen zur Folge hat (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 1.3 mit Hinweisen). Angesichts der in der Regel herausragenden Bedeutung des Entscheides über die aufschiebende Wirkung in Beschaffungssachen, insbesondere im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlages (Art. 22 Abs. 1 BoeB; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 413, Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, S. 131), wird die Beurteilung durch den Spruchkörper in der Hauptsache dem Grundgedanken der hinreichenden Legitimationsbasis von Entscheiden oft besser gerecht (BVGE 2007/13, nicht publizierte E. 1.3.2, Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-743/2007 vom 31. Juli 2007 E. 1.4.2; grundsätzlich zustimmend: Martin Beyeler, Baurecht 2/2007, S. 86 ff.). Aus diesen Überlegungen hat bereits die Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nach langjährigen Praxis je nach Bedeutung des Falles durch

deren Präsident oder durch den Spruchkörper in Dreier- oder gar Fünferbesetzung befunden (vgl. die Zwischenentscheide der BRK vom 17. Februar 1997 bzw. vom 16. November 2001, publiziert in VPB 61.24 bzw. VPB 66.37). Auch im vorliegenden Verfahren ist nach dem Gesagten der Antrag auf Gewährung der aufschiebenen Wirkung durch den Spruchkörper zu beurteilen.

1.4 Die Beschwerdeführerin ist als nicht berücksichtigte, im Rahmen der Zuschlagserteilung ausgeschlossene Anbieterin nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ohne weiteres zur Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung legitimiert (BVGE 2007/13 E. 1.4). Etwas anderes würde nur gelten, wenn die Beschwerdeführerin vorab durch gesonderte, bereits in Rechtskraft erwachsene Verfügung vom Verfahren ausgeschlossen worden wäre (vgl. Art. 29 Bst. d BoeB; Entscheid der BRK vom 17. Dezember 2004, publiziert in VPB 69.55 E. 2b/cc), was hier offensichtlich nicht der Fall ist. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde bzw. den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist daher einzutreten.

2.
Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet allein der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

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

2.2 Das BoeB selbst nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes jene Grundsätze übernommen werden, welche die Rechtsprechung und Lehre zu Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 117 V 185 E. 2b, BGE 110 V 40 E. 5b, BGE 106 Ib 115 E. 2a, BGE 105 V 266 E. 2; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 1802 ff.; Pierre Moor, Droit administratif, Band II, 2. Aufl., Bern 2002, S. 680 f.). Dass der Gesetzgeber im BoeB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht

bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (BVGE 2007/13 E. 2.1 mit Hinweisen, Entscheide der BRK vom 6. Februar 1998, publiziert in VPB 62.79 E. 2a mit Hinweisen, und vom 16. November 2001, publiziert in VPB 66.37 E. 2c; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., S. 418; MARTIN BEYELER, Die Rechtsprechung zum Vergaberecht, Baurecht Sonderheft 2006, S. 68 ff., insbes. S. 90, mit Hinweisen; BEAT DENZLER/HEINRICH HEMPEL, Die aufschiebende Wirkung – Schlüsselstelle des Vergaberechts, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 313 ff., insb. S. 317 ff.).

2.3 Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, so ist die anbegehrte aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgschancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der BRK, die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2.2). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen der Auftraggeberin. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 IVöB fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheids von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des Bundesgerichts 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 mit Hinweisen; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E.3.3). Auch allfällige Indessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei – insbesondere auch in An-

betracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a ÜoeB – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweisen).

3.
Die Beschwerdeführerin bringt zunächst vor, die Vergabestelle hätte den Ausschluss vom Vergabeverfahren als eigenständigen Zwischenentscheid eröffnen müssen. Nur so wären die Rechte der Beschwerdeführerin gewahrt geblieben. Darin, dass der Verfahrensausschluss erst im Rahmen der Zuschlagserteilung ergangen ist, sei ein "formellrechtlicher" Fehler zu sehen.

3.1 Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Die Eignung ist gegeben, wenn sichergestellt ist, dass der konkrete Anbietende den Auftrag in finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfüllen kann (Art. 9 Abs. 1 BoeB; Entscheid der BRK 2004-7 vom 22. September 2004 E. 2b; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., S. 143 mit Hinweisen). Fehlende Eignung bzw. das Nichterfüllen der Eignungskriterien führt gemäss Art. 11 Bst. a BoeB zum Ausschluss vom Verfahren (Entscheid der BRK vom 11. März 2005, publiziert in VPB 69.56 E. 2c; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., S. 143 mit Hinweisen).

3.2 Anders als im selektiven Verfahren erfolgen im offenen Vergabeverfahren die Eignungsprüfung und die Bewertung der Zuschlagskriterien nicht in zwei verschiedenen, durch anfechtbare Verfügung abzuschliessenden Verfahrensschritten. Gleichwohl muss die Eignungsprüfung in Bezug auf alle Anbieter grundsätzlich gleichzeitig erfolgen und dokumentiert werden, damit das Vorgehen der Vergabestelle richterlicher Kontrolle zugänglich bleibt (Entscheid der BRK 1998-12 vom 4. Februar 1999 E. 2a/dd; ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, a.a.O., S. 191). Ein Ausschluss im offenen Verfahren kann nach ständiger Rechtsprechung der BRK entweder vorab durch gesonderte Verfügung gemäss Art. 29 Bst. d i.V.m. Art. 11 Bst. a BoeB oder erst implizit im Rahmen der Zuschlagserteilung erfolgen (Entscheid der BRK vom 17. Dezember 2004, publiziert in VPB 69.55 E. 2b/bb, Entscheid der BRK 1999-12 vom 8. Februar 2000 E. 3, Entscheid der BRK 1997-13 vom 18. Dezember 1997 E. 2c). Auch in der Lehre wird mehrheitlich die Ansicht vertreten, einem ungeeigneten Anbieter komme kein Anspruch auf Ausschluss durch separaten Entscheid zu (GALLI/MOSER/LANG/CLERC,

a.a.O., S. 115; DOMINIK KUONEN, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, Bern 2005, S. 172 mit Hinweisen; vgl. auch MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 316, der ohne weiteres von der Alternativität des Ausschlusses "durch Zuschlag oder separate Verfügung" ausgeht). Der Kritik von PETER GAUCH (Baurecht 4/1998, S. 126 f.) an diesem Vorgehen wird, soweit sie mit dem Transparenzgebot begründet wird, namentlich durch die Dokumentationspflicht Rechnung getragen. An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten. Zu berücksichtigen ist der unterlassene Ausschluss durch gesonderte Verfügung jedoch, soweit die Vergabestelle – wie vorliegend – im Rahmen der Interessenabwägung zur Gewährung der aufschiebenen Wirkung geltend macht, es bestehe Dringlichkeit. Unterlässt es eine Vergabestelle nämlich, ungeeignete Anbieterinnen in einem möglichst frühen Stadium vom Vergabeverfahren auszuschliessen, stellt sich die Frage, ob sie die Verzögerung, die sich aufgrund der Anfechtung des Zuschlags durch einen ausgeschlossenen Anbieter ergibt, nicht aufgrund selbstverschuldeter Dringlichkeit hinnehmen muss.

3.3 Zusammenfassend ergibt sich, dass es der Vergabestelle entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht vorzuwerfen ist, dass sie den Ausschluss der Beschwerdeführerin erst im Rahmen der Zuschlagserteilung implizit (mit)verfügt hat. Die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich als offensichtlich unbegründet.

4.

Die Beschwerdeführerin bringt in materieller Hinsicht vor, die Vergabestelle habe ihr zu Unrecht die Eignung für den ausgeschriebenen Auftrag abgesprochen. Die von der Beschwerdeführerin für die Bauingenieurarbeiten als Subunternehmerin zugezogene Y. sei entgegen der Auffassung der Vergabestelle für die entsprechenden Arbeiten im Rahmen des ausgeschriebenen Projekts geeignet. Diese Rüge enthält zwei Stossrichtungen. Einerseits wird sinngemäss beanstandet, die Eignungskriterien seien rechtsfehlerhaft, weil zu anspruchsvoll, festgesetzt worden (vgl. dazu E. 5 hiernach). Andererseits wird gerügt, die eingereichten Nachweise seien falsch beurteilt worden (vgl. dazu E. 6 hiernach).

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin führt zur Festsetzung der Eignungskriterien aus, der Schwerpunkt des vorliegenden Projekts liege nicht beim

Bau, sondern bei der Verkehrsplanung und der Verkehrssystemtechnik. Die eigentlichen Tiefbauarbeiten seien nicht Bestandteil des vorliegenden Projekts. Der Anteil des Bauingenieurs habe im vorliegenden Projekt entsprechend eine untergeordnete Bedeutung. Die Beschwerdeführerin bringt damit implizit vor, die Vergabestelle habe den Bauingenieurarbeiten im Rahmen der Definition der an die Anbieter zu stellenden Anforderungen ein zu starkes Gewicht beigemessen.

5.2 In der Ausschreibung im SHAB Nr. 179 vom 16. September 2008 ist unter Ziff. 3.7 die Anforderung definiert worden, dass die Anbieter "ausgewiesene Erfahrung als Ingenieur in der Projektierung und Realisierung von Systemen auf Nationalstrassen von vergleichbarer Komplexität unter Verkehr" haben müssen, wobei es sich dabei um abgeschlossene Projekte handeln muss. Unter Ziff. 3.8 der Ausschreibung sind folgende Eignungsnachweise verlangt worden: "Referenzen über die Begleitung und Betreuung von mindestens 2 mit der vorgesehenen Aufgabe (Bauingenieurarbeiten) vergleichbaren Projekten in den letzten 10 Jahren." Weiter ist als Eignungskriterium unter Ziff. 3.7 der Ausschreibung vorgegeben, dass "die Schlüsselpersonen [...] in den Referenzprojekten in gleicher Funktion und gleichem Fachbereich mit vergleichbarer Komplexität gearbeitet haben" müssen. Als Eignungsnachweis sind diesbezüglich unter Ziff. 3.8 der Ausschreibung "Referenzen über die Begleitung und Betreuung von mindestens je 1 mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren Projekten in den letzten 10 Jahren" verlangt worden.

5.3 Soweit die Beschwerdeführerin die Festsetzung der Anforderungen an die Anbieter nach erfolgtem Zuschlag als fehlerhaft rügt, ist ihr entgegenzuhalten, dass die Eignungskriterien und die beizubringenden Eignungsnachweise bereits in der Ausschreibung vom 16. September 2008 bekannt gegeben worden sind. Erachtet eine Anbieterin die in der Ausschreibung insoweit klar formulierten Eignungskriterien als unzulässig, hat sie diese bereits durch Anfechtung der Ausschreibung als rechtsfehlerhaft zu rügen. Tut sie dies nicht, kann sie die Rechtsfehlerhaftigkeit einer Anordnung, die bereits aus sich heraus als rechtswidrig erscheint und deren Bedeutung und Tragweite für die Interessenten ohne weiteres erkennbar ist, im Rahmen der Anfechtung des Zuschlages nicht mehr rügen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 25. November 2008 E. 2.2; Entscheid der BRK vom 16. November 2001, publiziert in VPB 66.38 E. 2 mit Hinweisen; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., S. 381 ff.). Die Verpflichtung zur soforti-

gen Anfechtung des erkannten Mangels der öffentlichen Ausschreibung ergibt sich nicht nur aufgrund von Art. 29 BoeB, sondern auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, der auch als Richtschnur für das Verhalten der Anbietenden gilt (MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Michael Leupold et alii [Hrsg.], Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, S. 405 ff., insb. S. 412 mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall war für die Beschwerdeführerin aufgrund der Ausschreibung ohne weiteres erkennbar, dass die Vergabestelle den Bauingenieurarbeiten ein Gewicht beimessen würde, welches mit Blick auf das in Frage stehende Projekt aus der Sicht der Beschwerdeführerin rechtlich nicht haltbar sein würde. Indem die Beschwerdeführerin die Ausschreibung vom 16. September 2008 gleichwohl nicht angefochten hat, sind ihre Rügen insoweit verwirkt, womit sich die Beschwerdeführerin im jetzigen Verfahrensstadium nicht mehr darauf berufen kann, die durch die Ausschreibung vorgegebenen Eignungskriterien und die verlangten Eignungsnachweise seien beschaffungsrechtswidrig (Entscheid der BRK vom 29. April 1998, publiziert in VPB 62.80 E. 2a). Für die Beurteilung der Eignung durch die Vergabestelle – und damit auch im Rahmen der Rechtskontrolle durch das Bundesverwaltungsgericht – sind die durch die Ausschreibung vorgegebenen Eignungskriterien und Eignungsnachweise demnach verbindlich. Die Beschwerde erweist sich somit auch in diesem Punkt als offensichtlich unbegründet.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass zu hohe Anforderungen an die Anbieter im Lichte von Art. 1 Abs. 1 Bst. b BoeB, der als Ziel des Vergaberechts die Stärkung des Wettbewerbs vorgibt, zwar problematisch sein können, da mit den geforderten Nachweisen faktisch eine Marktabschottung namentlich gegenüber neuen Anbietern, die in den Markt drängen wollen, erfolgt. Indessen kommt der Vergabestelle bei der Wahl der Eignungskriterien und der einzureichenden Eignungsnachweise ein grosses Ermessen zu, in welches die Rechtsmittelinstanz nicht eingreifen darf (Entscheid der BRK 2006-11 vom 22. August 2006 E. 5b; Entscheid der BRK 2005-2 vom 30. Mai 2005, publiziert in VPB 69.105, nicht veröffentlichte E. 2b/aa). Angesichts des Projektbeschriebs, wonach Gegenstand der Ingenieurausschreibung die Elektro-, Verkehrs- und Bauingenieurarbeiten für die Projektierung, Ausschreibung und Realisierung (SIA-Phasen 31-53) der kompletten Verkehrsbeeinflussungsanlage (VBA) Zürich Nord sind (Evaluationsbericht vom 3. Dezember 2008, S. 4), kann auch keine Rede davon sein, dass die gewählten Eignungskriterien nicht in einem direkten und kon-

kreten Bezug zur Leistung stehen, die zu erbringen ist (vgl. Zwischenentscheid der BRK 2006-11 vom 22. August 2006 E. 3). Vielmehr erscheint aufgrund dieser Ausgangslage die Tatsache, dass an die Anbieter hohe Anforderungen gestellt werden, ohne weiteres nachvollziehbar.

6.
In einem nächsten Schritt ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin die geforderten Eignungsnachweise erbringen konnte.

6.1 Der Vergabestelle kommt nicht nur bei der Wahl der Eignungskriterien und der einzureichenden Eignungsnachweise (vgl. E. 5.3 hiervor), sondern auch bei der Bewertung der Eignungskriterien ein grosses Ermessen zu, in welches das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreifen darf (Art. 31 BoeB; Entscheid der BRK 2006-11 vom 22. August 2006 E. 5b mit Hinweisen; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., S. 144). Namentlich steht die Beurteilung, ob eine Referenz ausreicht, um darzutun, dass eine Unternehmung auch in der Lage ist, den ausgeschriebenen Auftrag zu erfüllen, im Ermessen der Vergabestelle (Entscheid der BRK 2006-11 vom 22. August 2006 E. 5c/cc). Das Bundesverwaltungsgericht greift hier nur in den Spielraum der Vergabestelle ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 473).

6.2 Zu den Referenzen "die Unternehmung betreffend" führt die Vergabestelle aus, weder das seitens der Beschwerdeführerin als Referenzobjekt genannte Projekt "A1 Zubringer, K123, K247, K267, Kreisel GEXI Lenzburg" (im Folgenden: Referenz 1) noch der Ausbau "Bruggerstrasse K117, Baden" (im Folgenden: Referenz 2) erfülle die Vorgaben der Ausschreibung hinsichtlich des geforderten Nachweises "Bauingenieurarbeiten". Im Gegensatz zum ausgeschriebenen Nationalstrassenprojekt, wo es um den Ausbau von heute vier auf neu sechs richtungsgetrennte Fahrspuren gehe, handle es sich bei den von der Beschwerdeführerin vorgelegten Projekten nicht um vier- oder sechsspurige richtungsgetrennte Fahrspuren, sondern lediglich um zweispurige kantonale A1-Zubringerstrassen (Referenz 1) beziehungsweise reine Kantonsstrassen (Referenz 2). Die im Angebot der Beschwerdeführerin bezeichneten Referenzobjekte hätten lediglich im Bereich des Schnittpunktes Nationalstrasse und Zubringer Nationalstrasse eine Gemeinsamkeit, jedoch nicht bezüglich der Art und Dimension des Strassentyps. Auch in Sachen Komplexität seien die

Referenzen nicht mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbar. Namentlich sei der durchschnittliche Tagesverkehr beim ausgeschriebenen Projekt um ein Vielfaches höher als bei den eingereichten Referenzprojekten 1 und 2 (ca. 100'000 versus 12'000 Fahrzeuge pro Tag). Schliesslich weist die Vergabestelle darauf hin, dass das Referenzprojekt 1 erst im Jahr 2011 abgeschlossen werde und damit die Vorgabe, wonach die Referenzprojekte abgeschlossen sein müssen, offensichtlich nicht erfüllt werde.

6.3 Die Beschwerdeführerin vertritt diesbezüglich die Auffassung, sie erfülle die definierten Eignungskriterien. Sie könne nicht nachvollziehen, dass die eingereichten Projekte nicht als Nationalstrassenprojekte angesehen werden. Die Projekte seien von ihr und der Firma Y. bewusst als Referenzen ausgewählt worden, weil sie vergleichbar mit den Anforderungen des ausgeschriebenen Projekts seien. Keine Ausführungen macht die Beschwerdeführerin zur Abgeschlossenheit der Referenzobjekte, obwohl das Schreiben vom 14. Januar 2009, mit welchem ihr der Verfahrensausschluss mitgeteilt wurde, explizit auf diesen Mangel hinweist.

6.4 Die Vergabestelle hat zum Beleg ihrer sachverhaltlichen Vorbringen einerseits kartographisches Material zum Referenzprojekt 1 (Beilage 5 der Beschwerdeantwort vom 10. Februar 2009; Quelle: swisstopo) und andererseits einen Plan betreffend Verkehrsaufkommen des Kantons Aargau, Departement für Bau, Verkehr und Umwelt (Beilage 7 der Beschwerdeantwort vom 10. Februar 2009) eingereicht. An der Aussagekraft dieser Dokumente bestehen prima facie keine Zweifel. Demnach sind jedenfalls die Angaben zum Verkehrsaufkommen (bei den Referenzprojekten 1 und 2) sowie zu den Fahrspuren (beim Referenzprojekt 1) als belegt anzusehen. Die Tatsache, dass es sich bei der Referenz 1 nicht um ein abgeschlossenes Projekt handelt, ergibt sich aus den Angaben der Beschwerdeführerin, die in ihrer Offerte ausführt, der Abschluss des Projekts erfolge "ca. 2011" (Beilage 4 zu Beschwerde vom 22. Januar 2009). Aufgrund der Akten ist damit hinreichend erstellt, dass die Referenzprojekte 1 und 2 in wesentlichen Punkten (namentlich hinsichtlich Fahrspuren und Verkehrsaufkommen) nicht mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbar sind und zudem das Referenzprojekt 1 nicht der Anforderung, wonach die Projekte abgeschlossen sein müssen, entspricht. Die Vergabestelle ist damit zu Recht davon ausgegangen, dass die von der Beschwerdeführerin angegebenen Referenzen den Anforde-

rungen gemäss Ziff. 3.7 und 3.8 der Ausschreibung nicht genügen. Demnach kann der Vergabestelle im Rahmen der Beurteilung der Eignungsnachweise jedenfalls kein qualifizierter Ermessensfehler vorgeworfen werden.

6.5 Die Vergabestelle führt in ihrer Beschwerdeantwort zudem aus, die Beschwerdeführerin habe bei den Referenzen "die Schlüsselpersonen betreffend" die Anforderungen an die Referenz "Projektingenieur Stahl- und Tiefbauarbeiten" und die Referenz "Bauleiter Stahl- und Tiefbauarbeiten" nicht erfüllt. Im Wesentlichen bringt sie vor, die Referenzen, welche nicht geeignet sind, die Eignung der Unternehmung nachzuweisen, könnten auch nicht die Eignung der Schlüsselpersonen belegen. Dies betreffe sowohl das Referenzprojekt 1 als auch das Referenzprojekt 2 (vgl. E. 6.1-6.4 hiervor), welche beide als Referenzen "die Schlüsselpersonen betreffend" aufgeführt worden seien.

6.6 In ihrer Beschwerde vom 22. Januar 2009 äussert sich die Beschwerdeführerin nicht explizit zu diesem Punkt. Da im Schreiben der Vergabestelle vom 14. Januar 2009 an die Beschwerdeführerin keine diesbezüglichen Ausführungen enthalten sind, hatte sie dazu indessen auch keinen Anlass.

6.7 Das Vorbringen der Vergabestelle, wonach die Referenzprojekte 1 und 2 auch nicht als genügende Eignungsnachweise die Schlüsselpersonen betreffend angesehen werden können, wenn sie nicht die Eignung der Unternehmung darzulegen vermögen, lässt sich kaum von der Hand weisen. Es scheint vielmehr konsequent, dass die Vergabestelle die Referenzprojekte 1 und 2 auch bezüglich der Eignung der Schlüsselpersonen als unzureichende Nachweise ansieht. Wie es sich damit genau verhält, kann indes offen bleiben, da jedenfalls die Referenzen "die Unternehmung betreffend" nicht den Anforderungen der Ausschreibung entsprechen. Damit erweist sich auch die Rüge der rechtsfehlerhaften Beurteilung der Eignungsnachweise als offensichtlich unbegründet.

7.

7.1 Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin vor, sie sei jederzeit in der Lage gewesen, weitere Referenzen der Firma Y. nachzureichen, welche deren Kompetenz (als Bauingenieurin) und damit die Eignung für das vorliegende Beschaffungsvorhaben belegen könnten. Dies sei ihr aber bis heute nicht ermöglicht worden, obwohl die Vergabestelle in

einem Schreiben vom 14. November 2008 an die Beschwerdeführerin ausgeführt hat, sie werde sich mit dieser in Verbindung setzen, sollten während der Evaluation weitere Angaben zu deren Angebot benötigt werden. Die Beschwerdeführerin rügt damit implizit, die Vergabestelle sei durch das unterlassene Nachfordern weiterer Referenzen in überspitzten Formalismus verfallen.

7.2 Im Bundesvergaberecht gilt der Grundsatz, wonach Angebote nach Ablauf des Eingabetermins nach Art. 25 VoeB nur technisch und rechnerisch bereinigt, sonst aber grundsätzlich nicht mehr abgeändert werden dürfen (BVGE 2007/13 E. 3.4; Entscheid der BRK vom 23. Juli 2003, publiziert in VPB 67.108 E. 4b). Entsprechend sind Angebote mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren auszuschliessen (Art. 19 Abs. 3 BoeB; 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). Die Eignung kann auch nicht Gegenstand von Verhandlungen im Sinne von Art. 20 BoeB und Art. 26 VoeB sein. In diesem Sinne hat die BRK aus dem Gleichbehandlungsgebot (vgl. Art. 1 Abs. 2 BoeB) und Art. 19 Abs. 1 BoeB 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, 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 Zürich VB.1999.00348 vom 13. April 2000 E. 5c/bb).

7.3 Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV liegt ein verpönter überspitzter Formalismus vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, oder wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt. Aus dem Verbot des überspitzten Formalismus wie auch aus Art. 9 BV kann die Verpflichtung der Behörde abgeleitet werden, den Privaten in gewissen Situationen von Amtes wegen auf Verfahrensfehler hinzuweisen, die er begangen hat oder die er im Begriff ist zu begehen (BGE 128 II 139 E. 2a). Daraus kann sich allenfalls eine Pflicht der Vergabestelle ergeben, die Behebung von unbedeutenden formalen Fehlern zu ermöglichen (BVGE 2007/13 E. 3.2 und E. 6.2; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., S. 115). Dies kann auch in Bezug auf Eignungsnachweise gelten (Zwischenentscheid des Bundesverwal-

tungsgerichts B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.1). Vorliegend verhält es sich aber nicht so, dass hinsichtlich der von der Beschwerdeführerin eingereichten Referenzen Unklarheiten bestanden hätten. Die Beschwerdeführerin ist denn auch nicht der Ansicht, die Vergabestelle hätte zu den eingereichen Referenzen weitere Auskünfte und Erläuterungen einholen müssen, sondern hält vielmehr dafür, die Vergabestelle hätte sie auffordern müssen, *andere* Referenzobjekte anzugeben, nachdem sie zur Auffassung gelangt war, ihre Eignung sei nicht hinreichend dargelegt. Eine derartige Verpflichtung der Vergabestelle wäre indessen mit dem Gleichbehandlungsgebot und dem Prinzip der Unabänderbarkeit der eingereichten Offerte nicht vereinbar. Damit erweist sich die Beschwerde auch in diesem Punkt als offensichtlich unbegründet. Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass es der Beschwerdeführerin freigestanden hätte, von sich aus mehr als die geforderten Referenzobjekte einzureichen, ist in der Ausschreibung vom 16. September 2006 doch explizit von "mindestens zwei" Referenzen die Rede.

8.
Insgesamt ergeben sich für das Bundesverwaltungsgericht somit aufgrund der Akten keine Anhaltspunkte dafür, dass die Vergabestelle bei der Beurteilung der angegebenen Referenzobjekte entsprechend den in diesem Verfahrensstadium nicht mehr zu überprüfenden Eignungskriterien und Eignungsnachweisen gemäss der Ausschreibung vom 16. September 2008 ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hätte. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin im Rahmen der Zuschlagserteilung ist somit prima facie nicht zu beanstanden.

Angesichts dieser Ausgangslage darf dem Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht entsprochen werden. Eine Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen erübrigt sich (vgl. E. 2.3 hiervor). Damit fällt die Verfügung vom 26. Januar 2009 betreffend superprovisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung dahin.

9.
Der Beschwerdeführerin ist mit Verfügung vom 13. Februar 2009 teilweise und auszugsweise Einsicht in die Verfahrensakten, namentlich den Evaluationsbericht vom 3. Dezember 2008, die Detailauswertung vom 27. November 2008 (insb. die Tabelle "Beurteilung der Eignungskriterien") und das Auswertekonzept vom 12. September 2008 gewährt worden. Aus diesen Unterlagen wird im Übrigen ersichtlich, dass die

Vergabestelle die Eignung aller Anbieter gleichzeitig vorab geprüft und diesen Vorgang dokumentiert hat (vgl. E. 3.2 hiervor). Aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen ist die Beschwerdeführerin in der Lage, sich ein hinreichendes Bild zur Ausgangslage namentlich mit Blick auf die Anfechtung des vorliegenden Entscheids zu machen (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 6).

10.

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

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

2.
Über die Kosten dieses Zwischenentscheids wird mit dem Endentscheid befunden.

3.
Dieser Zwischenentscheid geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben mit Rückschein, vorab per Fax)
- die Vergabestelle (Einschreiben mit Rückschein, vorab per Fax)
- die Zuschlagsempfängerin (A-Post)

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Marc Steiner	Martin Buchli

Rechtsmittelbelehrung:

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

Versand: 3. März 2009 per Fax, Postversand 4. März 2009